

Insolvenz-Forum 2014

**Vorträge anlässlich
des 21. Insolvenz-Forums
Grundlsee im November 2014**

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

Universität Wien
Institut für Zivilverfahrensrecht



R E C H T

Wien · Graz 2015

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-1065-7
NWV Verlag GmbH
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2015

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

**Univ.-Prof. Dr. Ulrich TORGLER, LL.M., Wien/
Univ.-Ass. MMag. Dr. Martin TRENKER, Innsbruck**

Kompetenzverteilung bei der Kapitalgesellschaft im Insolvenzverfahren

I Einleitung

Die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht bildete lange Zeit einen „weißen Fleck“ auf der juristischen Landkarte. Namentlich enthält die Insolvenzordnung kaum Sonderregeln für den Fall, dass es sich beim Schuldner um eine Gesellschaft, insb eine Kapitalgesellschaft handelt. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass unter den österr Firmeninsolvenzen ein ganz erheblicher Teil Kapitalgesellschaften betrifft, zumal die GmbH mit über 135 000 Rechtsträgern hierzulande die weitaus beliebteste Gesellschaftsform bildet.¹ Die Aufarbeitung ist daher weitgehend Rsp und Lehre überlassen. Dabei sind in den vergangenen Jahren erhebliche Fortschritte erzielt worden.

II Organstruktur

A Organstellung

Der Insolvenzordnung lässt sich als entscheidende Weichenstellung die Unterscheidung zwischen Insolvenzverfahren ohne Eigenverwaltung, insb Konkursverfahren, einerseits und Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung andererseits entnehmen. Dem folgt auch der vorliegende Beitrag.

Allerdings ziehen die rudimentären Regelungen des Gesellschaftsrechts die entscheidende Trennlinie zwischen Sanierungsverfahren und Konkursverfahren, indem sie überhaupt ausschließlich das Konkursverfahren berücksichtigen. Das erlaubt den (Umkehr-)Schluss, dass zumindest die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens die gesellschaftliche Organstruktur überhaupt unberührt lässt, obwohl die Kompetenzordnung auch in diesem Fall, insb in einem Verfahren ohne Eigenverwaltung, erheblich durch das Insolvenzrecht überlagert wird (ausf III).

Aber auch für den Gesellschaftskonkurs ordnet das Gesellschaftsrecht bloß an, dass die Eröffnung eines Konkursverfahrens einen im Gläubigerinteresse angeordneten und somit zwingenden² Auflösungsgrund bildet (§ 84 Abs 1 Z 4 GmbHG, § 203 Abs 1 Z 3 AktG). Das spricht vordergründig dafür, dass der Gesellschaftszweck nunmehr statt auf Fortführung der werbenden Tätigkeit auf die Abwicklung der Gesellschaft durch die Verwertung des Gesellschaftsvermögens im Konkursverfahren und – zumindest theoretisch – in einem anschließenden Liquidationsverfahren mit Restvermögensverteilung gerichtet ist.

1 Firmenbuchstatistik zum 31.12.2014, Quelle: Bundesrechenzentrum.

2 ZB *Leupold* in *U. Torggler*, GmbH-Gesetz (GmbHG) Kurzkommentar (2014) § 84 Rz 8.

Das dürfte durchaus auf dem historischen Leitbild des Konkursverfahrens als einem primär auf Zerschlagung des Unternehmens beruhenden Verteilungsverfahren beruhen. Doch ist das Gesetz offen für die modernere Sichtweise eines möglichst auf Sanierung gerichteten Insolvenzverfahrens, insb durch (auch nachträglichen) Antrag auf Abschluss eines Sanierungsplans (§ 140 Abs 1 IO): Gem § 215 Abs 2 AktG, der für Gesellschaften mbH analog gilt, kann die Gesellschaft nach Bestätigung eines Sanierungsplans durch qualifizierten Beschluss der Gesellschafterversammlung fortgesetzt werden (dazu näher unten III D 2 b), sodass diese Rückgängigmachung der Auflösung zwar nicht automatisch mit der Antragstellung oder wenigstens der Bestätigung des Sanierungsplans eintritt, aber immerhin ausdrücklich ermöglicht wird.

Vor allem ordnet § 205 Abs 1 AktG, der zudem die Grundlage für eine gleichsinnige Interpretation des § 89 GmbHG bildet,³ die Abwicklung bzw Liquidation nur für den Fall einer nicht konkursbedingten Auflösung der Gesellschaft an (deutlich auch § 145 UGB). Die Konkursöffnung bringt die Gesellschaft also gerade nicht in das Liquidationsstadium,⁴ sondern in einen Schwebezustand, der durch die Aufhebung des Konkurses in die Vollbeendigung oder Liquidation mündet. Immerhin können die Gesellschafter bereits zuvor aufschiebend bedingt durch die Aufhebung des Konkursverfahrens eine gem § 215 Abs 2 AktG zulässige Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, die dann allerdings noch einer (konstitutiven) Firmenbucheintragung nach Aufhebung des Konkurses bedarf (§ 215 Abs 4 AktG).

Daher ist es auch durchaus sachgerecht, dass Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder als solche (und nicht etwa als Liquidatoren; vgl § 89 Abs 2 GmbHG, § 206 Abs 1 AktG) im Amt bleiben⁵ und folglich bei der

3 ZB *Haberer/J. Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (38. Lfg; 2010) § 89 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG³ (2007) § 89 Rz 8; *Riel/J. Zehetner*, Handelsrechtliche Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten im Konkurs, ZIK 2001, 110 (111); OGH 6 Ob 154/05y GES 2007, 191 (*J. Zehetner*); 6 Ob 152/02z JBI 2003, 389; vgl auch *Kalss/Oelkers*, Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und Insolvenz, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Kap 24 Rz 40.

4 Vgl auch *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs I: Die Rechtsstellung von Masse und Masseverwalter (2009) 208: Inkongruenz von Konkurs- und Liquidationszweck.

5 *Bachner*, Aufgaben der Organe von Kapitalgesellschaften in der Insolvenz, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008 (2009) 145 ff mwN; *Gelter* in *Gruber/Harrer*, GmbH-Kommentar (2014) § 84 Rz 26; *Haberer/J. Zehetner* in *WK-GmbHG* § 89 Rz 11; *Harrer-Hörzinger*, Die Stellung des Vorstandes im Insolvenzverfahren der Aktiengesellschaft, wbl 1990, 229 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 8; RIS-Justiz RS0059995; OGH 6 Ob 145/02w GesRZ 2003, 168; 6 Ob 152/02z JBI 2003, 389; OLG Wien 3 R 139/73 NZ 1974, 22; vgl auch *Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (29. Lfg; 2007) § 140 KO Rz 25; ebenso die hM in Deutschland, zB *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz Kommentar¹⁸ (2012) Anh § 64 Rz 57 ff mwN; *H. F. Müller* in *Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG II (2012) § 64 Rz 82; aA *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² II (2012) § 203 Rz 34; *Geist/Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁵ II (2011) § 203 Rz 21; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 321;

Aktiengesellschaft nach wie vor durch den Aufsichtsrat bestellt und abberufen werden (§ 75 AktG; vgl demgegenüber § 206 Abs 1 AktG), zumal die Hauptaufgabe der Gesellschaftsorgane im Gesellschaftskonkurs gerade in der Sondierung der Aussichten eines Sanierungsplans bestehen. Insolvenzfrees Vermögen ist deshalb nicht ohne weiteres zu versilbern oder anderweitig freizugeben; entscheidend sind vielmehr seine Bedeutung für den Fall einer Sanierung sowie die Chancen darauf.

Die Organstruktur der Gesellschaft bleibt also ungeachtet der Konkursöffnung intakt. Insb lässt das Gesetz uE auch keine Anzeichen für das von *K. Schmidt*⁶ verfochtene Konzept erkennen, wonach der Insolvenzverwalter als Gesellschaftsorgan und namentlich Drittliquidator hinzutrete.

B Schuldrechtliche Rechtsbeziehung

Von der Rechts- und Pflichtenbindung aufgrund der Organzugehörigkeit unterschieden werden nach der ganz herrschenden Trennungsthese die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Organwaltern und der Gesellschaft: Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder sind zumindest in aller Regel mit der Gesellschaft zusätzlich zu dem organschaftlichen Rechtsverhältnis durch ein Anstellungsverhältnis verbunden, das (bei Fremdgeschäftsführern und nicht „bestimmungsmächtigen“ Gesellschafter-Geschäftsführern) in der Regel als Angestelltenverhältnis und im Übrigen als freier Dienstvertrag qualifiziert wird.⁷

Unter der KO war heftig umstritten, ob ein freies Dienstverhältnis unter § 21⁸ oder § 25⁹ leg cit fiel. Der Gesetzgeber hat die Frage in § 78 Abs 2 AktG eher beiläufig¹⁰ zugunsten der zweitgenannten Alternative entschieden.¹¹ Da die Vorstandsbezüge gem § 78 Abs 1 AktG in einem angemessenen Verhältnis (unter anderem) zu den Aufgaben der Vorstandsmitglieder, die durch den Entzug der Eigenverwaltung stark eingeschränkt werden, und zu der (definitionsgemäß angespannten) Lage der Gesellschaft

Schiemer, Abwicklung und Rechnungslegung der in Konkurs verfallenen Aktiengesellschaft, in FS Stadler (1981) 237 (245 ff, insb 250 f); vgl auch *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 1 KO Rz 19; unklar OGH 2 Ob 542/57 SZ 31/9: „Gesellschaft wird durch ihre Geschäftsführer oder Liquidatoren vertreten“.

6 In *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung, Insolvenz⁴ (2009) 7.2 mwN.

7 MwN *Neumayr* in *Gruber/Harrer*, GmbHG, Anh § 15: AR Rz 1 ff, 6 ff; *Zib* in *U. Torggler*, GmbHG § 15 Rz 26.

8 *Duursma-Keplinger*, Haftungsordnung I 193; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 21 KO Rz 3, 49 (jedoch mit Hinweis auf eine mögliche Analogie zu § 25 KO); *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO (26. Lfg; 2007) § 21 Rz 75 (dort konkret zu Anstellungsverträgen von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern sowie Geschäftsführern); OGH 8 Ob 28/93 wbl 1994, 205.

9 *Harrer-Hörzinger*, wbl 1990, 231; generell für analoge Anwendung von § 25 KO auf freie Dienstverträge *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 25 KO Rz 10 mwN (vgl aber auch *dens* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 21 KO Rz 3, 49); OGH 9 Ob 902/91 EvBl 1991/194, 825.

10 Die ErläutRV 771 BlgNR 24. GP 7 enthalten keinen Hinweis auf den Meinungsstreit.

11 Vgl auch BGH II ZR 236/06 WM 2008, 252.

stehen müssen, werden Vorstandsmitglieder schon kraft Vertrags in aller Regel eine erhebliche Kürzung ihrer Bezüge hinnehmen müssen. Sonst bleibt ebenso wie bei Fremdgeschäftsführern das Mittel der ergänzenden (und zumindest bei der AG auch gesetzeskonformen: § 78 Abs 1 AktG) Vertragsauslegung.¹² Bei Organwaltern, die gleichzeitig Gesellschafter sind, sorgt schon das sogenannte Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 Abs 1 GmbHG, § 52 AktG) mit seiner Nichtigkeitssanktion¹³ für eine Beschränkung des Entgeltanspruchs auf ein fremdübliches Maß, wobei in Bezug auf die Angemessenheit wiederum die eingeschränkten Aufgaben der Organwalter und die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ins Gewicht fallen.

Schwieriger ist die Rechtslage in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder: Gem § 98 Abs 1 AktG kann die Hauptversammlung für die Aufsichtsrats-tätigkeit eine Vergütung gewähren; alternativ ist eine Festsetzung in der Satzung möglich, die gem S 2 leg cit erleichtert herabgesetzt werden kann (vgl auch § 50 Abs 2 GmbHG). Daraus folgt nach hM, dass die Aufsichtsratsmitglieder keinen durchsetzbaren Vergütungsanspruch hätten.¹⁴ Das wird aufgrund der heute fortgeschrittenen und noch immer fortschreitenden „Professionalisierung“ der Aufsichtsrats-tätigkeit mit guten Gründen kritisiert.¹⁵ Auch in der Praxis dürften sich häufig Hinweise auf einen zumindest konkludenten freien Dienstvertrag finden, der gem § 1152 ABGB (vgl auch § 354 Abs 1 UGB) im Zweifel ein angemessenes, freilich satzungsmäßige Vorgaben nicht überschreitendes Entgelt beinhaltet. Im Hinblick auf die bereits erwähnte Wertung des § 78 Abs 2 AktG bezüglich der freien Dienstverträge der Vorstandsmitglieder liegt es nahe, dass auch diese Rechtsbeziehungen der Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschafts-insolvenz nach § 25 IO zu beurteilen sind. Dabei gehen nach den gesetzlichen Vorgaben des § 98 Abs 1 AktG wiederum die eingeschränkten Aufgaben und die bedauernswerte Lage der Gesellschaft in die Beurteilung der gesetzlich gebotenen Angemessenheit der Bezüge ein,¹⁶ sodass sich der Entgeltanspruch durchaus auf null reduziert, wenn der Aufsichtsrat keine (Sanierungs-)Aufgaben wahrnimmt.¹⁷

12 Zu § 87 Abs 2 dAktG s OLG Stuttgart 20 U 3/13 NZG 2015, 194; dazu *Kort*, Herabsetzung von Vorstandsbezügen gem § 87 II AktG in der Insolvenz der AG, NZG 2015, 369; *Spindler*, Die Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Insolvenz, DB 2015, 908.

13 Zuletzt *Koppensteiner*, Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge? in FS Reich-Rohrwig (2014) 117 ff; *U. Torggler*, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 89 (94 ff).

14 ZB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² I § 98 Rz 10; *dies/Oelkers* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat, Kap 24 Rz 51; *Oechsler*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, AG 2006, 606 (607 f); *K. Schmidt* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁹ II (2002) Vor § 64 Rz 67 (in der Folgeauflage weggefallen); RG II 449/12 RGZ 81, 332.

15 *Saxinger/Helml*, Der Aufsichtsratsvorsitz, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat, Kap 20 Rz 21 ff.

16 Allgemein jüngst *C. Nowotny*, Aufsichtsratsvergütung: Persönlicher „Marktwert“ gegenüber Gleichbehandlung? RdW 2014, 572 (573).

17 Strenger *Kalss/Oelkers* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat, Kap 24 Rz 51: Entfall des Entgeltanspruchs.

III Insolvenzverfahren ohne Eigenverwaltung

A Einführung

Hinsichtlich der Organstruktur bleibt also im Wesentlichen „alles beim Alten“. Zu beachten ist aber, dass gem § 2 Abs 2 IO der Schuldner durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die freie Verfügung über die Insolvenzmasse verliert, für deren Verwaltung und Verwertung gem § 114 Abs 1 IO nunmehr der Insolvenzverwalter zuständig ist, grundsätzlich einschließlich aller zugehörigen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen (§ 83 Abs 1 IO).

Nur gesellschaftsrechtlich bleibt also „alles beim Alten“: Die Überlagerung durch die genannten insolvenzrechtlichen Normen führt zu einer Sistierung aller massebezogenen Rechte der Gesellschaftsorgane einschließlich der Gesellschafter. Da Schuldner aber die Gesellschaft ist und folglich auch immer nur ihr Vermögen dem Insolvenzbeschluss unterworfen wird, bleiben die übrigen, nicht massebezogenen Rechte der eben selbst nicht den Konkurswirkungen unterworfenen Gesellschafter unberührt. Das bezieht sich – wie noch näher zu zeigen sein wird (C 2) – zumindest in erster Linie auf die Zuständigkeit für Strukturentscheidungen, insb für Satzungsänderungen. So einfach diese Unterscheidung abstrakt zu sein scheint, so schwierig ist sie freilich in Bezug auf die in Frage kommenden Gesellschafterentscheidungen konkret zu ziehen (näher unten E).

B Verdrängungs-, Überschneidungs- und Schuldnerbereich

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Gesellschaft zwar ihre Organstruktur behält, die § 2 Abs 2, §§ 3, 114 IO aber zu erheblichen Modifikationen der Organzuständigkeiten führen. Dabei folgen aus dem Nebeneinander von Masseverwalter und Gesellschaftsorganen drei mögliche Kompetenzbereiche, nämlich

- erstens ein ausschließlicher Zuständigkeitsbereich des Masseverwalters, der sogenannte Verdrängungsbereich, in welchem er lediglich an die insolvenzrechtlichen Zustimmung- und Mitteilungserfordernisse gegenüber Gericht und Gläubigerausschuss gebunden ist, insb nach §§ 116 ff IO;¹⁸
- zweitens ein sogenannter Überschneidungsbereich, in dem eine Schuldner-Gesellschaft durch ihre Organe und der Masseverwalter zusammenwirken müssen;
- und drittens ein sogenannter (Gemein-/Insolvenz-)Schuldnerbereich, dessen Agenden allein nach der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsregelung der werbenden Gesellschaft zu bewältigen sind.

Diese Dreiteilung ist heute aufbauend auf der leicht abweichenden Einteilung von *Friedrich Weber*¹⁹ weitestgehend anerkannt.²⁰ Problematisch

18 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 154.

19 Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, 73 (78 f), wo der Überschneidungsbereich allerdings noch unentdeckt blieb.

20 *Haas/Hossfeld* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch⁴ (2010) § 92 Rz 296 ff; *M. Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz (2005) 166 f; *Hüffer* in

bleibt freilich, unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme dem jeweiligen Bereich unterfällt.

C Abgrenzung

1 Ausgrenzung des Schuldnerbereichs anhand der Masserelevanz

Die Existenz eines Schuldnerbereichs ist kein Spezifikum einer Gesellschaftsinsolvenz, sondern auch bei natürlichen Personen gegeben. Unstrittig dem Schuldnerbereich gehören dabei jene Handlungen an, welche die IO dem Schuldner zuweist; es bietet sich an, insoweit von insolvenzspezifischen Kompetenzen zu sprechen (unten D 2 b). Soweit es an einer solchen gesetzlichen Zuordnung mangelt, ist das maßgebliche Abgrenzungskriterium die Masserelevanz (§ 2 Abs 2, §§ 3, 114 IO). Fehlt diese,²¹ fällt die Maßnahme jedenfalls in den Schuldnerbereich und unterliegt, wenn es sich beim Schuldner um eine Gesellschaft handelt, allein dessen Kompetenzordnung.

Zur Insolvenzmasse gehört gem § 2 Abs 2 IO das gesamte exekutionsunterworfenen Vermögen des Schuldners. Insoweit ist der Insolvenzverwalter gem § 114 IO ausschließlich zuständig. Handlungen des Schuldners mit Massebezug sind gem § 3 IO zumindest²² relativ unwirksam. Der Massebezug iS dieser Vorschrift ist nach hM weit zu verstehen: Auf die Vor- oder Nachteiligkeit kommt es nicht an, weil sich diese Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts im Vorhinein nicht immer mit Sicherheit beurteilen lassen.²³ In die Masse fällt nach österr Recht seit Einführung der KO 1914²⁴ auch jeglicher Neuerwerb des Schuldners, wie § 2 Abs 2 IO unmissverständlich klarstellt. Stets reichen mittelbare Auswirkungen,²⁵ womit allerdings schwer vereinbar ist, dass die Prozesssperre gem § 6 IO nur bei unmittelbaren Auswirkungen des Prozessergebnisses auf die Masse greifen soll, andernfalls ein (Gemein-)Schuldnerprozess vorliege.²⁶

Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ II (2011) § 264 Rz 42; *H. F. Müller* in MünchKommGmbHG III (2011) § 64 Rz 81; *Noack*, „Holzmüller“ in der Eigenverwaltung – Zur Stellung von Vorstand und Hauptversammlung im Insolvenzverfahren, ZIP 2002, 1873 (1874); *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz (2014) Rz 86 ff; OLG Frankfurt 20 W 65/12 ZIP 2012, 1617; s auch *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 186 ff; abw *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 150 f.

21 Näher s *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO (6. Lfg; 1999) § 3 Rz 11.

22 Umstritten ist, ob Verfügungen über die Masse nicht sogar absolut unwirksam sind; s dazu *Konecny*, Zur Prozessführung durch den Ausgleichsschuldner, JBI 1986, 353 (363); *dens*, Massebezogene Rechtshandlungen von Gemeinschuldnern, JBI 2004, 341 (355).

23 Zutr *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³ I (1937) § 3 KO Anm 5; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 48 f; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 460 FN 4; vgl auch OGH 6 Ob 152/01y ZIK 2002, 166.

24 Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 11.

25 *Bartsch/Pollak*, KO³ I § 3 KO Anm 5; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO § 3 Rz 10.

26 *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO (9. Lfg; 1999) § 6 Rz 50; RIS-Justiz

Da ein unmittelbarer Bezug aber bereits angenommen wird, wenn der Streitgegenstand mit vermögensrechtlichen Ansprüchen derart eng verknüpft ist, dass sich das Prozessergebnis notwendigerweise auf die Masse auswirkt,²⁷ dürften sich Masserelevanz gem § 3 IO und gem § 6 Abs 3 IO im Ergebnis kaum unterscheiden.

2 Abgrenzung zwischen Verdrängungs- und Überschneidungsbereich anhand der Strukturelevanz

Wie erwähnt bilden die Beteiligungen am insolventen Rechtsträger nach der *lex lata* keinen Bestandteil der Insolvenzmasse in dessen Insolvenz. Ein Zugriff der Gesellschaftsgläubiger ist exekutionsrechtlich schon wegen des geltenden Trennungsprinzips nicht möglich; wegen der Kongruenz von exekutionsunterworfenem Vermögen und Insolvenzmasse (§ 2 Abs 2 IO)²⁸ gilt dasselbe in der Insolvenz. Geschäftsanteile und Aktien sind somit als Eigentum der Gesellschafter vom Insolvenzbeschluss in der Gesellschaftsinsolvenz nicht betroffen.²⁹

Auf der mangelnden Massezugehörigkeit der Gesellschafterrechte basiert letztlich auch die Anerkennung eines Überschneidungsbereichs in der Insolvenz einer Gesellschaft im Gegensatz zu jener einer natürlichen Person. Sind die Beteiligungsrechte der Gesellschafter nämlich nicht Bestandteil der Masse, verbietet sich nach hM³⁰ auch deren Aushöhlung

RS0064115, zB OGH 1 Ob 567/94 SZ 67/168; aA zB R. Schumacher in *Kirchhof/Eidenmüller/Stürner*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung³ II (2013) Vor §§ 85-87 Rz 22. Das Argument für die Erforderlichkeit einer unmittelbaren Wirkung, dass sonst zB auch Scheidungsverfahren der Prozesssperre unterliegen würden (*Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO § 6 Rz 50; vgl auch OGH 1 Ob 159/01s ZIK 2001, 201), ist freilich bedenklich. Denn dann müsste wohl auch gem § 3 IO ein unmittelbarer Massebezug gefordert werden, weil unzweifelhaft ist, dass der Schuldner trotz mittelbarer vermögensrechtlicher Wirkungen weiterhin eine Ehe abschließen kann.

27 RIS-Justiz RS0064115; OGH 4 Ob 11/10m ZIK 2011, 145; 8 Ob 101/04t SZ 2004/159.

28 Statt vieler *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 1 KO Rz 42; *Wegan*, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 30; OGH 1 Ob 526/81 SZ 54/50.

29 Ausdrücklich *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung²⁰ (2013) § 60 Rz 54; *H. F. Müller* in *MünchKommGmbHG* III § 64 Rz 100; *Noack*, Unternehmensinsolvenz: Reorganisation des Rechtsträgers oder Vertragsnachfolge bei übertragender Sanierung, in FS Röhrich (2005) 455 (457); *Reichert/Weller* in *Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG² I (2015) § 15 Rz 561.

30 *Balz*, Die Ziele der Insolvenzordnung, in *Kölner Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V.*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung² (2000) 3 (8); *Eidenmüller/Engert*, Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity Swap) im Insolvenzplanverfahren, ZIP 2009, 541 (543); *Madeus*, Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter, ZGR 2011, 749 (753); *H. F. Müller*, Reorganisation der Schuldnergesellschaft nach neuem Insolvenzrecht, in FS Zöllner (1998) 411 (420); *ders.*, Der Verband in der Insolvenz (2002) 318 ff; *ders.*, Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz, ZGR 2004, 842 (847); *Noack* in FS Röhrich 457; *Pleister/Kindler*, Kapi-

durch solche einseitige Maßnahmen des Insolvenzverwalters, die in die mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter eingreifen.

Eine zustimmungspflichtige Beeinträchtigung kann jedoch nicht schon bei jeder Minderung der Anteilswerte vorliegen; denn andernfalls würde potentiell jede Verwertungshandlung in den Überschneidungsbereich fallen und der Zweck der Entmachtung des Schuldners (§ 3 IO) konterkariert. Die Zustimmungspflichtigkeit einer Verwaltungs- oder Verwertungsmaßnahme des Masseverwalters setzt daher jedenfalls mehr als reflexive Auswirkungen auf den Wert der Anteile an der Schuldner-Gesellschaft voraus.

Ebenso wenig genügt die Verlagerung einer (massebezogenen) Entscheidungsgewalt auf den Masseverwalter, die normalerweise, dh bei einer nicht insolventen Gesellschaft bei den Gesellschaftern liegt. Das zeigt sich besonders deutlich bei der GmbH, bei der nach hM alle außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen den Gesellschaftern vorzulegen sind³¹ und die Einforderung von offenen Einlagen sowie die Geltendmachung von Ersatzansprüchen vorherige Gesellschafterbeschlüsse voraussetzen (§ 35 Abs 1 Z 2, 6 GmbHG). In einem Insolvenzverfahren ohne Eigenverwaltung kommen diese Befugnisse unstrittig dem Insolvenzverwalter zu, der dabei keine Zustimmung der Gesellschafter einholen muss (unten E 1 a). Sonst würde wiederum der Entzug des Schuldnerinflusses unterlaufen und zu opportunistischem Gesellschafterverhalten geradezu aufgefordert.

Masserelevante Rechtshandlungen gehören somit nicht schon dann zum Überschneidungsbereich, wenn die Mitgliedschaft der Gesellschafter bloß reflexiv oder in ihren Einzelausprägungen beeinträchtigt ist. Voraussetzung einer kumulativen Zuständigkeit von Masseverwalter und Gesellschaftsorganisation ist uE vielmehr, dass der Inhalt des Mitgliedschaftsverhältnisses selbst betroffen ist, also ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft und damit eine sogenannte Grundlagenentscheidung (auch: „Strukturmaßnahme“) vorliegt.³² Denn dann werden die (nicht konkursverfangene) Mitgliedschaft des Gesellschafter und damit sein Beteiligungsrecht als solches beeinträchtigt.³³

talmaßnahmen in der Insolvenz börsennotierter Gesellschaften, ZIP 2010, 503 (506); *Prusko*, Die Gesellschafterstellung in der Insolvenz (2013) 34; *Treffer*, Auswirkungen der GmbH-Insolvenz auf das Binnenrecht der Gesellschaft, GmbHR 2002, 205 (206); *Verse*, Anteilseigner im Insolvenzverfahren, ZGR 2010, 299 (303 f); implizit *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 162 ff, insb 164; *Jaufer*, Der Aufsichtsrat im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, GES 2013, 381 (385 f); wohl auch *Brinkmann*, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens – oder: Die Gesellschafter als Sanierungshindernis, WM 2011, 97 (98 f); ebenso bereits *Balz*, Sanierung von Unternehmen oder Unternehmensträgern (1986) passim (insb 20 ff, 36 ff, 71 ff).

31 RIS-Justiz RS0122187; OGH 3 Ob 59/07h SZ 2007/81; 2 Ob 2146/96v ecolex 1997, 359; wN bei *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 15.

32 Ebenso *Prusko*, Gesellschafterstellung 19, 32, 34.

33 Vgl auch die hA zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein rechtswidriger Eingriff in die Mitgliedschaft eines Gesellschafter vorliegt, zB *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht (1996) 258 ff; *U. Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(-rechte), JBI 2003,

In der Praxis könnte diese Rechtslage vor allem deswegen Probleme bereiten, weil ein debt-equity-swap und eine (Teil-) Unternehmensübertragung im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nicht ohne Mitwirkung der Gesellschafter möglich sind,³⁴ obwohl die Beteiligungen an der insolventen Gesellschaft in aller Regel bereits bei Insolvenzeröffnung wertlos sind.³⁵ Das könnte dafür sprechen, doch wenigstens de lege ferenda Zustimmungspflichten der Gesellschafter zu organisationsrechtlichen Maßnahmen zu etablieren. Dagegen sind freilich das Problem einer rechtssicheren und subsumtionsfähigen Festlegung der Voraussetzungen sowie – möglicherweise auch durch die Erfahrungen mit dem ESUG³⁶ im Fall „Suhrkamp“³⁷ indiziert – die Gefahr eines Missbrauchs zum „kalten squeeze-out“ ins Feld zu führen. Einfacher könnte wohl eine vereinfachte Abspaltung durch den Masseverwalter geregelt werden. Diesbezüglich legislatorische Bestrebungen der Vergangenheit dürften aber derzeit nicht weiterverfolgt werden.

De lege lata sind derartige Maßnahmen jedenfalls mit der Konzeption der Insolvenz als Generalvollstreckungsrecht³⁸ unvereinbar und auch Zustimmungspflichten³⁹ der Gesellschafter stehen nach derzeitigem Erkenntnisstand rechtsdogmatisch auf schwachen Beinen. Strukturmaßnahmen können vom Insolvenzverwalter also nicht ohne die gesellschaftsrechtlich vorgesehene Mitwirkung der Gesellschaftsorgane vollzogen werden. Daher muss, wenn überhaupt Masserelevanz gegeben ist (oben 1), stets in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob eine Strukturmaßnahme vorliegt und folglich der Überschneidungsbereich eröffnet ist.

3 Kostenfolgen

Die abstrakt skizzierte Zuordnung zu einem der drei Bereiche ist uE auch ausschlaggebend für die Belastung mit solchen Kosten, die mit einer Maßnahme verbunden sind.⁴⁰ Nur wenn der Insolvenzverwalter mitwirkt, dh im Verdrängungs- und Überschneidungsbereich, kann die Insolvenzmasse wegen § 3 IO mit den verbundenen Kostenfolgen bzw einer be-

747 (749 ff); *Trenker*, Reflexvorteile und Reflexschäden im Gesellschaftsrecht – zur Identifikation von Schuldner und Gläubiger beim gesetzlichen Schuldverhältnis, *GesRZ* 2014, 10 (14).

34 Vgl auch *Bitter*, Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg, *ZGR* 2010, 147 (158 ff); *Braun*, Eingriff in Anteilseignerrechte im Insolvenzplanverfahren, in FS G. Fischer (2008) 53 (65 ff); *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (2001) 43 ff.

35 *Bitter*, *ZGR* 2010, 150; *Braun* in FS G. Fischer 53.

36 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011, *dBGBI* I 2011, 2582; *RegE* vom 4.5.2001, *BT-Drs* 17/5712.

37 Dazu statt vieler jüngst *Schäfer*, Suhrkamp und die Folgen – Konsequenzen aus dem vorläufigen Abschluss des Suhrkamp-Insolvenzverfahrens, *ZIP* 2015, 1208; *Westermann*, Der Suhrkamp-Gesellschafter unter dem Schutzschirm der Gesellschaftsinsolvenz, *NZG* 2015, 134.

38 *Madeus*, *ZGR* 2011, 751 ff.

39 *IdS Braun* in FS G. Fischer 70; *Bitter*, *ZGR* 2010, 170 ff.

40 *Zutr Bachner* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2008, 171.

gründeten Verbindlichkeit belastet werden. Für Handlungen im Schuldnerbereich haftet die Gesellschaft dagegen allein mit ihrem insolvenzfreien Vermögen, soweit ein solches vorhanden ist (s noch unten D 2 c).

Da kaum jemand bereit sein wird, der Gesellschaft unter dieser Voraussetzung Kredit zu gewähren, müssten die Gesellschafter idR selbst für die erforderlichen Mittel aufkommen, um zB die Abhaltung einer Generalversammlung zu finanzieren.⁴¹ Alternativ könnten sie sich auch um eine Einigung mit dem Masseverwalter bemühen. Dieser würde die Kosten ohne Gefahr einer persönlichen Haftung (§ 81 Abs 3 IO) aber nur übernehmen, wenn die Maßnahme auch im Interesse der Gläubiger liegt, wie zB beim Aufwand für eine beabsichtigte Kapitalerhöhung (dazu noch unten E 6 a).

Die genannten Grundsätze gelten auch in gerichtlichen Verfahren. Für Schuldnerprozesse iSd § 6 Abs 3 IO haftet die Insolvenzmasse nicht.⁴² Das führt insb dann zu Problemen, wenn eine Firmenbuchanmeldung gesetzlich vorgeschrieben ist und die Gesellschaft über keine notwendigen Mittel im insolvenzfreien Vermögen verfügt.

Überhaupt benötigt die Schuldner-Gesellschaft jene Mittel, die zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Schuldnerkompetenzen (va im Schuldnerbereich) erforderlich sind, insb auch zu einer (den eingeschränkten Aufgaben und der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft angepassten) Vergütung von Organwaltern, die erst nach Insolvenzeröffnung bestellt werden und für die eine Haftung der Masse daher grundsätzlich ausgeschlossen wäre (vgl unten D 2 c sowie E 3). Zu erwägen ist insoweit eine zumindest analoge Anwendung von § 5 Abs 2 IO.⁴³ Für Prozesshandlungen kommt freilich auch Verfahrenshilfe in Betracht (§ 63 ZPO; § 7 Abs 1 AußStrG).⁴⁴

4 Gang der weiteren Untersuchung

Im Folgenden werden unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten jene Teile der Schuldner- und Verdrängungsbereiche dargestellt, die auch bei natürlichen Personen vorkommen (unten D). Anschließend werden ausgewählte gesellschaftsspezifische Maßnahmen behandelt und insb anhand der erörterten Abgrenzungskriterien (1, 2) in die drei Kompetenzbereiche (B) eingeordnet (unten E).

41 Haas/Hossfeld in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch⁴ § 92 Rz 299.

42 Vgl R. Schumacher in MünchKommInsO³ II § 85 Rz 30; Uhlenbruck in Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar¹³ (2010) § 85 Rz 100. Anderes gilt, wenn der Prozess bereits vor Insolvenzeröffnung begonnen wurde. In diesem Fall sind die vor Insolvenzeröffnung angefallenen Kosten als Insolvenzforderung geltend zu machen, mag die Aliquotierung auch praktisch aufwändig sein (vgl näher Mock in Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar¹⁴ [2015] § 85 Rz 156 f).

43 Vgl ebenso H. F. Müller, Verband 117 f. Richtigerweise begründet § 5 Abs 2 IO einen Rechtsanspruch des Schuldners, zB Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 KO Rz 13; Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 16.

44 Dazu allgemein jüngst zB Trenker, Verfahrenshilfe für die Insolvenzmasse unter besonderer Berücksichtigung von Art 6 MRK, Art 47 Abs 3 GRC, ZIK 2014, 13.

D Kompetenzverteilung bei nicht gesellschaftsspezifischen Maßnahmen

1 Verdrängungsbereich

a Grundsatz

Der Kernbereich der Verdrängung ist durch § 2 Abs 2, § 114 Abs 1 IO vorgegeben und umfasst danach die Verwertung und Verwaltung der Masse, dh des exekutionsunterworfenen Gesellschaftsvermögens.⁴⁵ Dazu zählt gegebenenfalls ein Gesellschaftsunternehmen⁴⁶ samt allem, was dazugehört.⁴⁷ Die operative Geschäftsführung geht also auf den Masseverwalter über, einschließlich der Beteiligungsverwaltung in Bezug auf Untergesellschaften sowie zumindest großer Teile der Rechnungslegung.⁴⁸

Als Annex gehört uE zur Vermögensverwaltung auch die Bedienung jener Informationsrechte der Gesellschafter, die sich auf das Vermögen und seine Verwaltung beziehen.⁴⁹ Konkret sind die Rechte gem § 22 GmbHG sowie das von der Rsp⁵⁰ angenommene weitergehende Auskunftsrecht der GmbH-Gesellschafter angesprochen,⁵¹ soweit es sich eben auf das massezugehörige Gesellschaftsvermögen und seine Verwaltung und Verwertung bezieht. Der zuletzt angesprochene „umfassende Informationsanspruch“, der entgegen dem auf eine Beschränkung entsprechend § 166 UGB gerichteten Willen des Gesetzgebers⁵² auf eine Analogie zu § 118 UGB hinausläuft, ist allerdings schon im Grundsatz kritikwürdig.⁵³ Zumindest sollte in der Insolvenz die Glaubhaftmachung eines legitimen Informationsinteresses gefordert werden, wie dies die Rsp wegen ähnlicher Interessenlage bei ausgeschiedenen Gesellschaftern tut;⁵⁴ jedenfalls gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁵⁵

Die Befugnisse des Masseverwalters sind insofern exklusiv (vgl auch § 3 Abs 1 IO). Sie verdrängen während des Insolvenzverfahrens alle ein-

45 Vgl auch OGH 6 Ob 145/02w ecolex 2003, 529.

46 OGH 6 Ob 25/01x RdW 2001, 596.

47 Vgl BGH II ZR 51/82 BGHZ 85, 221.

48 Dazu *J. Zehetner* in diesem Band, 119 ff; zur Rechtslage in Deutschland s *IDW*, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (IDW RH HFA 1.012), WPg Supplement 2/2014.

49 Vgl zu den Rechnungslegungspflichten des Masseverwalters zB RIS-Justiz RS0039298; OGH 6 Ob 152/02z JBI 2003, 389; 6 Ob 134/11s.

50 RIS-Justiz RS0060098.

51 Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 22 Rz 37 ff; *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 26 ff, insb Rz 28.

52 EB 236 BlgStP HH 17.

53 ZB *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBI 2011, 762 (768); für wN s *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 26.

54 RIS-Justiz RS0060098 T3, 4; s dazu auch *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 29.

55 *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 29; RIS-Justiz RS0105318.

schlägigen gesellschaftsinternen Rechte. Sichert sind dementsprechend nicht nur Recht und Pflicht der Geschäftsführer bzw des Vorstands in Geschäftsführungsangelegenheiten, sondern auch diesbezügliche Zustimmung- und Kontrollrechte des Aufsichtsrats sowie der General- bzw Hauptversammlung, einschließlich des Beschlusserfordernisses gem § 90 Abs 4 GmbHG und des ungeschriebenen Konsultationsrechts der GmbH-Gesellschafter bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen.⁵⁶ Dasselbe gilt für vermögensbezogene Erweiterungen durch die Satzung, wie insb Individualrechte der Gesellschafter in Geschäftsführungsangelegenheiten. An die Stelle der gesellschaftsinternen Kompetenzen treten also auch in Bezug auf die Kontroll- und Überwachungsrechte, insb des Aufsichtsrats, die einschlägigen Zuständigkeiten nach der Insolvenzordnung (§§ 116 ff IO).

b Veräußerung der Firma und Änderung des Geschäftsjahrs

aa Firmenveräußerung

Eine vieldiskutierte, heute aber im Wesentlichen gelöste Frage betrifft Verfügungen über die Gesellschaftsfirma. Gem §§ 22 f UGB kann die Firma veräußert werden, freilich nur samt dem darunter betriebenen Unternehmen. Die Firma ist damit schon von Gesetzes wegen nicht bloß Namensrecht des Unternehmers (vgl § 17 UGB), sondern auch ein dem Unternehmen zugeordnetes,⁵⁷ immaterielles⁵⁸ Rechtsobjekt. Das schlägt sich insb auch in der (wenn auch eingeschränkten) Aktivierbarkeit des sogenannten Firmenwerts nieder (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB).

Die Firma fällt daher in die Insolvenzmasse,⁵⁹ und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich um eine Sach-, Fantasie- oder um eine Personenfirma handelt.⁶⁰ Das Recht auf Firmenveräußerung und Erteilung einer Zustimmung iSd § 22 UGB kommt in der Insolvenz folglich dem Masseverwalter zu.⁶¹ Das Namensrecht der Gesellschaft muss insofern zurücktreten, um die vorrangige Verwertung im Gläubigerinteresse zu ermöglichen.⁶² Das kann heute als einhellige Auffassung bezeichnet werden und ist auch deshalb überzeugend, weil durch die notwendige gleichzeitige Veräußerung des Unternehmens eine Sanierung der Gesellschaft

56 Siehe *U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 20 Rz 15.*

57 BGH II ZR 51/82 BGHZ 85, 221.

58 OGH 1 Ob 660/79 SZ 52/117.

59 OGH 6 Ob 4/83 SZ 56/65; OLG Wien 28 R 324/14v ZIK 2015, 105 (dazu *Trenker*, Befugnis des Masseverwalters zur Firmenänderung, ZIK 2015, 84); BGH II ZR 51/82 BGHZ 85, 221.

60 *Schlingloff in Oetker*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ (2015) § 17 Rz 31.

61 OLG Wien 28 R 324/14v ZIK 2015, 105; OGH 6 Ob 145/02w ecolex 2003, 529; 4 Ob 311/00i ecolex 2001, 454 (*J. Zehetner*); abw *Fromherz in Jabor-negg*, Kommentar zum HGB (1997) § 22 Rz 15 (auch Zustimmung des Gemeinschuldners erforderlich, soweit sein Name in der Firma enthalten ist, weil Namensrecht als Persönlichkeitsrecht nicht in die Masse falle); die einschränkende Auffassung von *U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 5 Rz 10* (nur wenn keine Ersatzfirma erforderlich ist) wird aufgegeben.

62 Ausführlicher *Trenker*, ZIK 2015, 85.

zumindest in aller Regel ausscheidet, diese also ohnehin auf ihren Untergang zusteuert.

bb Bildung einer Ersatzfirma

Probleme tauchen aber auf, wenn die Bildung einer Ersatzfirma notwendig wird: Gem § 29 UGB muss sich die Firma jedes Rechtsträgers, dh auch des Unternehmenserwerbers, von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden Firmen deutlich unterscheiden. Das impliziert die Notwendigkeit der Bildung einer Ersatzfirma, wenn der Erwerber Niederlassung bzw Sitz an demselben Ort wie die veräußernde Schuldnerin nimmt.⁶³

Der OGH hat die Problematik in 6 Ob 45/00m⁶⁴ für den Fall der Veräußerung der Firma durch den Masseverwalter entschärft: Die Fortführung der Firma durch die ortsgleiche Schuldnerin sei trotz § 29 UGB zulässig, wenn diese ihren Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt hat und „aufgrund weiterer offenkundiger und für den Rechtsverkehr leicht überblickbarer Umstände eine Täuschung über die tatsächlichen Verhältnisse von vornherein ausscheidet“, namentlich der Firma der Schuldnerin ein Liquidationszusatz hinzugefügt wird und „der Unternehmensübergang entsprechend § 3 (Abs 1) Z 15 FBG sowohl im Firmenbuch der übertragenden Gemeinschuldnerin als auch in jenem der das Unternehmen fortführenden Erwerberin eingetragen wäre“.

Das scheint allerdings zweifelhaft: So wäre ein Liquidationszusatz – würde er nun als Firmenbestandteil im Firmenbuch eingetragen oder wie gem § 210 Abs 3 AktG nur bei der rechtsgeschäftlichen Zeichnung durch die Gesellschaftsorgane hinzugefügt (die bezogene Entscheidung ist insofern nicht ganz deutlich) – im Verkehr irreführend, weil sich die Schuldner-Gesellschaft ja gerade nicht in Liquidation befindet und es für den Rechtsverkehr durchaus von Bedeutung ist, ob sich ein Rechtsträger in Konkurs oder „nur“ in Liquidation befindet.⁶⁵ Insofern könnte freilich ein abweichender „Insolvenzzusatz“ Abhilfe schaffen. Auch bleibt anzumerken, dass das unkörperliche Wirtschaftsgut „Firma“ vorbehaltlich einer Gestattung durch den Erwerber der Schuldner-Gesellschaft gar nicht mehr zusteht, wenn es mit dem Unternehmen veräußert wurde.⁶⁶ Vor allem aber ist es höchst zweifelhaft, ob die Auffassung des OGH mit dem Zweck des § 29 UGB vereinbar ist, jederzeit und auch im Nachhinein für eine eindeutige Identifizierbarkeit eines Rechtsträgers anhand von Sitz und Firma zu sorgen.

Wie dem auch sei: In jedem Fall stellt sich in einem mehr oder weniger großen Bereich die Frage nach der Zuständigkeit zur Bildung einer Ersatzfirma. UE ist auch insofern der Insolvenzverwalter zumindest im Veräußerungsfall⁶⁷

63 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 156.

64 *Ecolex* 2000, 881 (*Korinek*); s auch bereits *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 22 Rz 17; *W. Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ I (2003) § 22 Rz 22.

65 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 157; *Trenker*, ZIK 2015, 85.

66 *Trenker*, ZIK 2015, 85; *Ulmer*, Die Kompetenz zur Bildung einer Ersatzfirma bei Firmenveräußerung im Konkurs der GmbH, NJW 1983, 1697 (1700).

67 So *Trenker*, ZIK 2015, 86.

exklusiv zuständig sowie berechtigt und verpflichtet zur Firmenbuchanmeldung,⁶⁸ weil sonst die Veräußerlichkeit der Firma im Gläubigerinteresse doch wieder eingeschränkt würde.⁶⁹ Das impliziert, dass die Bildung der Ersatzfirma keine Satzungsänderung ist (denn dafür bleiben die Gesellschafter zumindest mitzuständig; unten E 4). Eingetragene Firma und hinterlegte Satzung weichen also voneinander ab, sodass neben der Satzungsfirma eine eigene, abweichende Insolvenzfirma bestehen kann.⁷⁰ Das dürfte heute überwiegende Meinung sein.⁷¹

cc Sonderproblem: Namensfirma

Ein Sonderproblem stellt sich im Fall einer Namensfirma der insolventen Gesellschaft, die sich vom bürgerlichen Namen eines Gesellschafters ableitet. Gem § 24 Abs 2 UGB ist ja beim Ausscheiden des namensgebenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma durch die Gesellschaft die ausdrückliche Einwilligung des Ausscheidenden erforderlich. Das hängt mit dem Namensrecht des Gesellschafters zusammen⁷² und legt daher nahe, dass auch die Fortführung der Firma durch einen Unternehmerwerber einer Zustimmung des namensgebenden Gesellschafters bedarf.⁷³

Fraglich ist allerdings, ob § 24 UGB auf Namensfirmen einer Kapitalgesellschaft überhaupt anwendbar ist: Die Vorläuferregelung des § 24 HGB bezog sich noch relativ deutlich ausschließlich auf die Personenhandels-gesellschaften des HGB, also OHG und KG, weil das HGB nur diesen Rechtsträgern Recht und Pflicht zur Bildung einer Namensfirma zuerkannte, während bei den ursprünglich ebenfalls im HGB geregelten Aktiengesellschaften Sachfirmen obligatorisch waren. Unter dem UGB sind hingegen sämtliche firmenfähige Rechtsträger zur Bildung von Namensfirmen berechtigt (aber nicht verpflichtet), weshalb es nur konsequent erscheint, dass § 24 UGB ganz undifferenziert von „Gesellschaften“ und deren „Gesellschaftern“ spricht.⁷⁴

68 OGH 6 Ob 145/02w ecolex 2003, 529; 6 Ob 4/83 SZ 56/65; s auch *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 163; *Jaufer*, GES 2013, 383.

69 Grundlegend *Ulmer*, NJW 1983, 1702.

70 Vgl auch OLG Wien 28 R 324/14v ZIK 2015, 105 (*Trenker*, 84).

71 ZB *Reich-Rohrwig*, Firma der GmbH, Kundenstock und Wettbewerb durch Gesellschafter, in FS Krejci I (2001) 787 (792 f); mwN *Trenker*, ZIK 2015, 86 f; OLG Wien 28 R 324/14v ZIK 2015, 105; vgl auch OLG Frankfurt 20 W 65/12 ZIP 2012, 1617.

72 Siehe sogleich bei und in FN 76.

73 Vgl OGH 4 Ob 311/00i ecolex 2001, 454 (*J. Zehetner*); BGH II ZR 51/82 BGHZ 85, 221; aA *Schlingloff* in *Oetker*, HGB⁴ § 17 Rz 31; *Zib/Dellinger* in *Zib/Dellinger*, Großkommentar zum Unternehmensgesetzbuch I/1 (2010) § 17 Rz 32.

74 Vgl dazu auch *Jennwein*, Insolvenzverfahren und Firmenbuchrecht, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010 (2011) 77 (88); *Reuschle* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch³ I (2014) § 24 Rz 3 ff; *W. Schuhmacher/Fuchs* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch⁴ (11. Lfg; 2009) § 17 Rz 18; *Verweijen* in *Zib/Dellinger*, UGB I/1 § 24 Rz 36 ff; aA *Haberer*, Zustimmung des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters zur Fortführung der Namensfirma, ecolex 2007, 940 (941).

Dessen ungeachtet hat der OGH für die GmbH ausgesprochen, dass der namensgebende Gesellschafter im Zweifel, dh vorbehaltlich abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung, in die Fortführung der Firma durch die GmbH nach seinem Ausscheiden einwillige, seine Zustimmung also nur erforderlich sei, wenn das Recht zur Firmenverwendung in der Satzung auf die Dauer seiner Gesellschaftszugehörigkeit beschränkt wurde.⁷⁵ Das würde dafür sprechen, dass im Zweifel auch seine Zustimmung zur Veräußerung der Firma durch den Masseverwalter entbehrlich ist. Folglich würde sich das hier behandelte Problem nur – aber immerhin – dann stellen, wenn die Satzung einen Zustimmungsvorbehalt für den Ausscheidens- oder Veräußerungsfall vorsieht.

Indes übersieht die Argumentation des OGH, dass § 24 UGB weniger mit der Rechtsform des Firmenträgers und auch nicht mit der Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme eines namensgebenden Ex-Personengesellschafters, sondern mit dem Namensrecht des gleichnamigen Gesellschafters (§ 43 ABGB) zusammenhängt.⁷⁶ Deshalb ist es nur folgerichtig, unabhängig von der Rechtsform dessen Zustimmung zur Firmenfortführung durch eine Gesellschaft jedweder Rechtsform im Ausscheidensfall sowie auch im Fall der Firmenveräußerung zu fordern, falls der Namensgeber eine solche Einwilligung nicht bereits vorweg erteilt hat.

Gleichwohl gilt Entsprechendes im hier interessierenden Fall der Veräußerung durch den Masseverwalter uE nicht. Denn ausweislich der Materialien soll § 24 HGB/UGB dem „wirkliche[n] Interesse“ des Namensgebers „an dem ferneren Schicksale der Firma“ Rechnung tragen.⁷⁷ Gemeint wird das Interesse des namensgebenden Gesellschafters sein, dass es durch die spätere Geschäftstätigkeit unter der Namensfirma zu keiner Rufschädigung kommt.⁷⁸ Im Gesellschaftskonkurs ist insofern allerdings der wirtschaftliche Super-GAU als „Höchstschaden“ bereits eingetreten, sodass § 24 UGB, wenn man ihn – uE zu Recht – rechtsformunabhängig⁷⁹ und daher auch auf Kapitalgesellschaften anwendet, für den Fall der Veräußerung der Namensfirma in der Gesellschaftsinsolvenz teleologisch zu redu-

75 OGH 4 Ob 311/00i ZIK 2001, 123 (zum Konkurs); 6 Ob 17/99i SZ 72/58.

76 Siehe *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 25 Rz 25 f; *Geist*, Zur Fortführung der Firma einer GmbH bei Ausscheiden des namensgebenden Gesellschafters, ÖJZ 2001, 126; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 5 Rz 7; *dens*, Anmerkung zu *D. Fuchs*, Zustimmungsrecht des namensgebenden Gesellschafters zur Firmenfortführung? – Änderungen durch die Firmenliberalisierung, NZ 2010, 129, GBU 2010/05/08; *dens/H. Torggler*, Anmerkung zu *Haberer*, Zustimmung des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters zur Fortführung der Namensfirma? *ecolex* 2007, 940, GBU 2007/12/07.

77 *Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches I (1858) 41.

78 Vgl Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven II (1857) 19.

79 Vgl *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ (2007) Rz 9.08; *Kuleisa* in *A. Schmidt*, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (2012) § 80 Rz 15 mwN; *Uhlenbruck*, Die Firma als Teil der Insolvenzmasse, ZIP 2000, 401 (402 f); glA zu OG/KG *Jennwein* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 88; für Einzelunternehmer aA *H. F. Müller*, Verband 173 f; ebenso zur alten Rechtslage *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 17 Rz 4; BGH I ZR 159/58 NJW 1960, 1008.

zieren ist.⁸⁰ Das Interesse der Gläubiger, zu deren Lasten eine Anwendung von § 24 Abs 2 UGB im Insolvenzfall ginge, ist stärker zu gewichten als jenes des Namensgebers und seiner Mitgesellschafter.⁸¹

dd Änderung des Geschäftsjahrs

In Bezug auf die satzungsüberlagernde Änderungskompetenz stellen sich übrigens ähnliche und parallel gelöste Probleme bei der Festlegung eines Geschäftsjahrs: Auch insofern kann die eintragungspflichtige Wahl durch den Masseverwalter uE von der Satzung abweichen.⁸²

c Insolvenzspezifische Verwalterrechte

Ausschließlich zuständig ist der Masseverwalter schließlich auch in jenen Bereichen, in denen ihm die IO eine spezifisch insolvenzbezogene Kompetenz einräumt. Zu nennen wäre insb das Recht zur Insolvenzanfechtung (§§ 27 ff IO), zur Bestreitung angemeldeter Forderungen (§ 105 Abs 3 IO) oder der Beteiligung an einem anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahren eines Absonderungsgläubigers gem § 119 Abs 4 IO. Für all diese Zuständigkeiten ist der Begriff „Verdrängungsbereich“ insofern nicht ganz passend, als der Insolvenzverwalter nicht die Gesellschaftsorgane ersetzt, sondern es sich um originär-insolvenzspezifische Kompetenzen handelt.

2 Schuldnerbereich

a Überblick

Der Schuldnerbereich lässt sich grundsätzlich wiederum in drei Unterkategorien aufteilen: Erstens existieren auch hier „insolvenzspezifische Rechte“, die der Schuldner oftmals quasi als Antagonist zum Masseverwalter wahrnehmen kann. Zweitens ist auch bei Gesellschaften – wiederum wie bei natürlichen Personen – ein insolvenzfreies Vermögen denkbar, das einer Verwaltung bedarf. Drittens existieren bei natürlichen und juristi-

80 Im Ergebnis hM, zB *Jennewein* in *U. Torggler*, Unternehmensgesetzbuch – Kommentar (2013) § 17 Rz 10 (vgl aber auch *dens*, ebendort § 24 Rz 6); *W.-H. Roth* in *Koller/Roth/Morck*, Handelsgesetzbuch – Kommentar⁷ (2011) § 17 Rz 25; *Schlingloff* in *Oetker*, HGB⁴ § 22 Rz 23; OGH 4 Ob 311/00i ZIK 2001, 123; BGH II ZR 51/82 NJW 1983, 755 mwN; tendenziell auch *Herda* in *Jabornegg/Artmann*, Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch² I (2010) § 17 Rz 26 aE; *W. Schuhmacher/Fuchs* in WK-UGB⁴ § 17 Rz 11 ff mwN; aA zB *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) § 43 Rz 15; *Hirte* in *Uhlenbruck*, InsO¹⁴ § 35 Rz 302 mwN; die ebenfalls aA von *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 5 Rz 10 wird aufgegeben.

81 Vgl auch *Heidinger* in *K. Schmidt*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ I (2010) § 22 Rz 85 f; *Reuschle* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB³ I § 24 Rz 7 und § 22 Rz 46; *Schlingloff* in *Oetker*, HGB⁴ § 22 Rz 23.

82 BGH II ZB 20/13 BB 2015, 334 (*Schmittmann*, 239); OLG Frankfurt 20 W 65/12 ZIP 2012, 1617, wonach – uE zweifelhaft – für eine Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr durch den Masseverwalter eine Anmeldung zum Handelsregister nicht erforderlich sein soll, sondern auch eine Mitteilung gegenüber dem Registergericht in einfacher Schriftform ausreiche.

schen Personen Handlungen, die entweder per se nicht vermögensrechtlicher Natur sind oder aber zumindest nicht konkret die Insolvenzmasse betreffen.

b Insolvenzspezifische Schuldnerrechte

Eine unzweifelhafte Zuordnung zu den Gesellschaftsorganen ergibt sich bei jenen Maßnahmen, deren Vornahme das Insolvenzrecht selbst dem Schuldner überlässt. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind beispielhaft zu nennen: Die Gesellschaftsorgane können angemeldete Forderungen mit der Wirkung bestreiten, dass kein Exekutionstitel gem § 60 Abs 2 IO entsteht.⁸³ Auch sind sie zuständig, eine Beschwerde gegen das Verhalten des Masseverwalters einzubringen (§ 84 Abs 3 IO) oder dessen Enthebung zu beantragen (§ 87 IO). Ferner fällt grundsätzlich auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Masseverwalter in die Kompetenz der Gesellschaftsorgane. Die praktisch wichtigste Art der sogenannten Gemeinschaftsschäden, also Schäden wegen einer unzureichenden Verwaltung/Verwertung der Masse, kann aber während des Insolvenzverfahrens nach hL⁸⁴ vom Schuldner gar nicht, nach neuerer Rsp⁸⁵ nur ausnahmsweise bei einem sonst bestehenden Rechtsschutzdefizit geltend gemacht werden. Jedenfalls kann nur Leistung an die Masse verlangt werden.⁸⁶

In die Kompetenz der Gesellschaftsorgane fällt es auch, Beschlüsse des Insolvenzgerichts mit Rekurs zu bekämpfen,⁸⁷ zB den Eröffnungsbeschluss (§ 71c Abs 1 IO) oder die Festsetzung der Ansprüche des Masseverwalters (§ 122 IO).⁸⁸ Denkbar ist auch die Vernehmung der Geschäftsleiter als Partei in einem allfälligen Zivilprozess neben oder statt dem Insolvenzverwalter (§ 373 Abs 2 ZPO).⁸⁹

83 Statt aller *Uhlenbruck in K. Schmidt/Uhlenbruck, GmbH⁴ Rz 7.159.*

84 *Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III (2002) § 81 KO Rz 211 f; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO §§ 81, 81a (2. Lfg; 1997) Rz 16, 30 ff; Shamiyeh, Schadenersatzprozesse des Gemeinschuldners gegen den Masseverwalter, RdW 1995, 462; ders, Judikaturänderung zur Klagslegitimation des Gemeinschuldners? ZIK 1997, 3; idS auch RIS-Justiz RS0026359; OGH 7 Ob 583/93 RdW 1994, 314; im Ergebnis ebenso OGH 2 Ob 569/93 RdW 1994, 398.*

85 RIS-Justiz RS0115501; OGH 8 Ob 263/00k JBI 2002, 597; vgl auch OGH 8 Ob 50/08y ZIK 2008, 166.

86 RIS-Justiz RS0063872, zB OGH 5 Ob 62/65 EvBl 1965/408, 608; 1 Ob 154/64 JBI 1965, 323.

87 *Uhlenbruck in K. Schmidt/Uhlenbruck, GmbH⁴ Rz 7.159.*

88 Zur Rekurslegitimation zB *Riel in Konecny/Schubert, KO (21. Lfg; 2006) § 122 Rz 20 mwN.*

89 Im Anfechtungsprozess ist es uE dagegen erwägenswert, den Schuldner bzw die Geschäftsführer/Vorstandsmitglieder der Schuldnerin in Folge teleologischer Reduktion des § 373 Abs 2 ZPO sogar nur als Zeugen zu vernehmen, weil dort anders als in sonstigen Masseprozessen nicht Ansprüche des Schuldners, sondern Rechte geltend gemacht werden, die allein aus dem originären Interesse der Gläubiger resultieren. Dafür spricht auch, dass sich der Schuldner als Nebenintervenient nur auf Seiten des Anfechtungsgegners beteiligen kann; s dazu *König, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 18/16 mwN.*

Eine besonders wichtige Kompetenz des Schuldners ist schließlich jene zum Antrag auf Abschluss eines Sanierungsplans während eines laufenden Konkursverfahrens (§ 140 IO). Anders als in anderen Rechtsordnungen, zB in Deutschland (§ 218 dInsO), kann in Österreich nur der Schuldner selbst den Abschluss des Sanierungsplans beantragen.⁹⁰ Während damit die Zuständigkeitsabgrenzung gegenüber dem Masseverwalter keine Probleme bereitet, könnten gesellschaftsintern Zweifel bestehen, ob es sich beim Sanierungsplanantrag um eine Maßnahme der Geschäftsführung handelt, die vom Vertretungsorgan vorzunehmen ist. Zu bedenken ist nämlich, dass eine erfolgreiche Gesellschaftssanierung nach Auflösung gem § 215 Abs 2 AktG (bei GmbH analog)⁹¹ sinnvollerweise einen Fortsetzungsbeschluss der Gesellschafter erfordert, sofern eine Fortführung des Unternehmens vorgesehen ist. Sonst sind die Liquidatoren verpflichtet, nach Annahme des Sanierungsplans und erfolgloser Vorlage an die Gesellschafter zur Abwicklung (idR durch Verkauf des ganzen Unternehmens) zu schreiten. Der möglichen Gefährdung der Erfüllung des Sanierungsplans kann aber dadurch begegnet werden, dass ein (seinerseits bedingter) Fortsetzungsbeschluss zur Bedingung der Annahme gemacht wird. UE zu Recht geht daher die ganz hM⁹² von der Zuständigkeit des Vertretungsorgans aus. Folglich kommt nach der Rsp⁹³ die allgemeine satzungsmäßige oder dispositiv-gesetzliche Vertretungsregelung zur Anwendung,⁹⁴ während Teile der Lehre ein Zusammenwirken aller Geschäftsführer/Vorstandsmitglieder fordern⁹⁵ oder umgekehrt Einzelvertretungsmacht annehmen.⁹⁶

Im Innenverhältnis ist der geplante Sanierungsplan vor seiner Beantragung bei der GmbH der Gesellschafterversammlung vorzulegen, weil es sich um eine außergewöhnliche Maßnahme handelt.⁹⁷ Auch bei der AG ist eine Abstimmung mit der Aktionärsversammlung wegen der genannten Erforderlichkeit des Fortsetzungsbeschlusses erforderlich. Ferner wäre ein

90 Statt aller *Bartsch/Pollak*, KO³ I § 142 KO Anm 1.

91 OGH 6 Ob 152/02z RdW 2003, 139; RIS-Justiz RS0059934; vgl auch OGH 1 Ob 2014/96z ZIK 1997, 68; aA *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht¹ (1983) 690.

92 *Eidenmüller* in MünchKommInsO³ III (2014) § 218 Rz 70 f; *F. Riel*, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005) 56; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 140 Rz 27; *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.159; RIS-Justiz RS0113708; OGH 8 Ob 327/99t JBI 2000, 799.

93 OGH 8 Ob 327/99t JBI 2000, 799; RIS-Justiz RS0113705; ebenso *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 56; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 140 Rz 27.

94 *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 56; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 140 Rz 27.

95 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 661; *Reimer*, Die Ausgleichsordnung und ihre Anwendung auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft und ihre Gesellschafter (Aktionäre), in FS Hämmerle (1972) 297 (299) (zur AO); OLG Linz 2 R 199/99v ZIK 2000, 140 (zum Verein); vgl auch die dhM (freilich auf Basis einer anderen gesetzlichen Ausgangslage) zB *Eidenmüller* in MünchKommInsO³ III § 218 Rz 72 ff mwN.

96 So *Bartsch/Pollak*, KO³ I § 142 KO Anm 2.

97 Allgemein RIS-Justiz RS0122187; OGH 3 Ob 59/07h SZ 2007/81; 2 Ob 2146/96v ecolex 1997, 359; wN bei *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 15.

Zustimmungsrecht der Hauptversammlung anzunehmen, weil Kernkompetenzen der Aktionäre betroffen sind. Dies setzt aber voraus, dass man trotz einiger Bedenken mit der wohl hL⁹⁸ die *Holzmüller-Gelatine-Rechtsprechung*⁹⁹ des BGH auch in Österreich übernimmt.

c Insolvenzfrees Vermögen

Die zweite Fallgruppe des Schuldnerbereichs betrifft die Verwaltung insolvenzfreien Vermögens. Da der Gesetzgeber mit dem IRÄG 1997¹⁰⁰ die Freigabe von Massebestandteilen zur freien Verfügung des Schuldners gegenüber juristischen Personen ausgeschlossen,¹⁰¹ diese Änderung aber kurze Zeit später durch das IVEG¹⁰² als wenig praxistauglich¹⁰³ wieder rückgängig gemacht hat, wurde in Österreich anders als in Deutschland¹⁰⁴ klargestellt, dass auch bei einer Gesellschaftsinsolvenz insolvenzfreies Vermögen bestehen kann.¹⁰⁵

Ausgeschiedenes (§ 8 Abs 1, § 119 Abs 5 IO) Vermögen obliegt der Verfügung durch die Gesellschaftsorgane prinzipiell wie bei einer werbenden Gesellschaft.¹⁰⁶ Zu beachten ist allerdings, dass die Vertretungsorgane ihre Entscheidungen der grundsätzlichen Weichenstellung anzupassen haben, ob ein Sanierungsplan und eine anschließende Unternehmensfortführung geplant sind. Ist dies nicht der Fall, können sie das Vermögen in Anbetracht der nach Konkursaufhebung notwendigen Liquidation¹⁰⁷ verwerten und den Erlös bestmöglich anlegen. Eine Ausschüttung an die Gesellschafter darf indes nicht erfolgen; auch wenn das Vermögen nicht zur Masse zählt, verstieße eine Auszahlung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG; § 82 GmbHG); Gläubigerinteressen sind in-

98 *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² I § 103 Rz 28 ff mwN; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß³ 234; offen lassend OGH 6 Ob 77/14p JAP 2014/2015, 234 (*Rauter*); 1 Ob 566/95 JBI 1996, 728.

99 BGH II ZR 155/02 NJW 2004, 1820 („Gelatine“); VIII ZR 302/80 NJW 1982, 870 („Holzmüller“).

100 BGBl I 1997/114.

101 Krit dazu *Jelinek/Nunner*, Kein konkursfreies Vermögen im Konkurs juristischer Personen, ZIK 1997, 115; *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 235 ff.

102 BGBl I 1999/73.

103 ErläutRV 1589 BlgNR 20. GP 17.

104 Für die Zulässigkeit *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²⁰ § 60 Rz 46; *Hüffer* in *MünchKommAktG*³ IV (2011) § 264 Rz 37; BGH IX ZR 281/03 BGHZ 163, 32; aA *K. Schmidt*, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil, Gutachten D für den 54. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des Vierundfünfzigsten Deutschen Juristentags 1982 I (1982) D 46; *ders* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.12, 7.18 ff je mwN.

105 Zutr *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 161; *Riel*, Die nicht entlohnungsrechtlichen Bestimmungen des IVEG, ZIK 1999, 116 (117). Überholt ist die E OGH 8 Ob 17/92 JBI 1994, 420, die sich unreflektiert auf *K. Schmidt* (vorige FN) beruft.

106 Ebenso *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 161.

107 Vgl *Leupold* in *U. Torggler*, GmbHG § 84 Rz 9.

soweit tangiert, als die Gesellschaft ja auch nach Aufhebung des Konkurses für ihre Schulden weiterhaftet. Ausschüttungen sind somit nur unter Einhaltung der Vorschriften für die an die Konkursaufhebung anschließende Liquidation zulässig (vgl § 91 Abs 3 GmbHG, § 213 AktG).

Zulässig ist es auch, dass Erlöse aus der Verwertung insolvenzfreien Vermögens für die Tilgung von Verbindlichkeiten verwendet werden, welche die Gesellschaft vertreten durch ihre Organe während des Insolvenzverfahrens begründet.¹⁰⁸ Denn die Eingehung von Verpflichtungsgeschäften bleibt der Gesellschaft wie jedem anderen Schuldner auch während der Insolvenz unbenommen; nur kann dadurch keine Haftung der Masse begründet werden.¹⁰⁹

d Maßnahmen ohne Masserelevanz bzw höchstpersönliche Handlungen

Schließlich kann der Schuldner all jene Rechtshandlungen autonom vornehmen, die keine Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben. Das sind insb Maßnahmen, die nicht einmal vermögensrechtlicher Natur sind. Sind unter diese Kategorie bei natürlichen Personen insb personen- oder familienrechtliche Handlungen zu subsumieren, so sind bei moralischen Personen va die im Folgenden untersuchten gesellschaftsrechtlichen Organisationsmaßnahmen denkbar (E).

3 Überschneidungsbereich

Da eine Maßnahme im Verfahren ohne Eigenverwaltung nur dann in den Überschneidungsbereich fällt, wenn es sich um eine gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahme handelt, ist dieser ein Spezifikum von Gesellschaftsinsolvenzen. Bereits an dieser Stelle soll aber die bislang soweit ersichtlich im Schrifttum unbeantwortete Frage geklärt werden, auf welche Art und Weise Gesellschaftsorgane und Insolvenzverwalter im Überschneidungsbereich zusammenarbeiten müssen.

Schon aus Gründen des Verkehrsschutzes sollten keine unnötig formalistischen Anforderungen gestellt werden. Ausreichend ist uE wie bei der Ausübung von Gesamtvertretung,¹¹⁰ dass sowohl der Masseverwalter als auch das Gesellschaftsorgan die erforderliche Willenserklärung erteilt haben, selbst wenn diese zeitlich auseinanderfallen; auch wechselseitige Ermächtigung und Genehmigung (vgl § 1016 ABGB) sind denkbar.¹¹¹ Liegt nur eine Erklärung vor, ist die Rechtshandlung schwebend unwirksam. Bei der Firmenbuchanmeldung ist grundsätzlich die gemeinsame Unterfertigung des Anmeldegesuchs durch die zuständigen Organwalter

108 ZB *Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ I § 3 KO Rz 20; RIS-Justiz RS0063891; OGH 1 Ob 530/93 SZ 66/52; 5 Ob 142/68 SZ 41/71.

109 *Schubert in Konecny/Schubert*, KO § 3 Rz 17; RIS-Justiz RS0063784, zB OGH 5 Ob 28/13y ZIK 2013, 140; 6 Ob 269/72 MietSlg 25.660; vgl auch RIS-Justiz RS0063803, zB OGH 6 Ob 145/61 SZ 34/72; konkret *Bachner in Konecny*, Insolvenzz-Forum 2008, 161 f.

110 Ausf dazu zB *U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger*, UGB I/2 (2013) § 48 Rz 123 ff.

111 Vgl nur mwN OGH 2 Ob 170/06y.

der Gesellschaft und den Masseverwalter erforderlich. Gegebenenfalls hat das Firmenbuchgericht dem Antragsteller einen Verbesserungsauftrag gem § 17 FBG zu erteilen. Zur (gemeinsamen) Vertretung bei Beschlussanfechtungsklagen unten E 8 a bb.

E Kompetenzverteilung bei gesellschaftsspezifischen Organisationsmaßnahmen

1 Geltendmachung gesellschaftsbezogener Vermögensansprüche

a Allgemeines

Unzweifelhaft in den Verdrängungsbereich fällt die Geltendmachung innergesellschaftlicher Vermögensansprüche. Namentlich werden ausständige Einlagen vom Masseverwalter eingefordert.¹¹² Der durch § 35 Abs 1 Z 2 GmbHG vorgesehene Gesellschafterbeschluss ist nicht erforderlich; vielmehr sind die Einlagenforderungen im Gesellschaftskonkurs nach ganz hRsp ohne weiteres fällig.¹¹³

Auch andere Eintreibungsmaßnahmen fallen in die Alleinzuständigkeit des Masseverwalters, dh in den Verdrängungsbereich. Das gilt namentlich für Kaduzierung und Geltendmachung der Vormänner- und Ausfallhaftung gem §§ 67, 70 GmbHG,¹¹⁴ für die Verfolgung von Ansprüchen gegen Organwalter¹¹⁵ und Abschlussprüfer sowie gegen die Gesellschafter, insb aus der Gründung und verbotener Vermögensauskehr („Einlagenrückgewähr“), ebenso wie für Ansprüche gegen die Bank aus ihrer Haftung gem § 10 Abs 3 GmbHG, § 29 Abs 1 AktG.¹¹⁶

b Sonderfall: Nachschusspflicht

Anders ist die Rechtslage bei der Einforderung von Nachschüssen in der GmbH.¹¹⁷ Dies beruht darauf, dass deren Begründung neben einer gesell-

112 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 7, § 84 Rz 11; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 663; RIS-Justiz RS0060069, zB OGH 1 Ob 2085/96s HS 27.213 mwN.

113 RIS-Justiz RS0059959; OGH 8 Ob 277/00v SZ 73/210; 1 Ob 2085/96s SZ 69/96; 4 Ob 540/89; Rv II 528/16 NZ 1917, 284. Die Begründung dafür ist allerdings nicht in § 14 Abs 2 IO zu suchen (zutr *Walch*, Die Aufbringung des Stammkapitals in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, GES 2014, 155 [157 f]; abw zB *Bair* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 63 Rz 25; so auch jüngst ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28), weil diese Norm nach hA nur für die Ansprüche gegen den Schuldner gilt (zutr zB *Bollenberger*, Konkurs einer Bank: Müssen Kreditkunden vorzeitig zurückzahlen? RdW 1995, 252 [254]). Es handelt sich vielmehr um eine mittelbare Folge der Verdrängung der Gesellschaftsorgane im Gläubigerinteresse.

114 *Gelter* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 84 Rz 23; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 66 Rz 5; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 664.

115 RIS-Justiz RS0059598; zur Entbehrlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG s OGH 6 Ob 747/89 SZ 63/16.

116 RIS-Justiz RS0059598 T1.

117 Bei der AG soll eine gesellschaftsvertragliche Nachschusspflicht nach hA nicht mit § 49 Abs 1 AktG vereinbar sein (zB *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*,

schaftsvertraglichen Grundlage einen konkreten Einforderungsbeschluss der Gesellschafter voraussetzt (§ 72 GmbHG). Diese Kompetenz verbleibt auch im Insolvenzverfahren bei der Gesellschafterversammlung,¹¹⁸ andernfalls die der GmbH wesensimmanente Haftungsbeschränkung ausgehebelt werden könnte.¹¹⁹ Besteht eine gesellschaftsvertragliche Grundlage, kann der Einforderungsbeschluss aber grundsätzlich auch in der Insolvenz mit Mehrheitsbeschluss gefasst werden. Dagegen werden Bedenken geäußert, weil die Leistung von Nachschüssen diesfalls nicht mehr notwendig sei.¹²⁰ Auch aus Sicht der Gesellschafter ist eine Nachschusspflicht aber zumindest dann zweckmäßig, wenn ein Sanierungsplan mit Unternehmensfortführung geplant ist.¹²¹ Die Stimmrechtsausübung der Mehrheit ist daher in dieser Konstellation unbedenklich und der Mehrheitsbeschluss unanfechtbar.

Die durch den Einforderungsbeschluss entstehenden Forderungen fallen als Neuerwerb des Schuldners gem § 2 Abs 2 IO in die Insolvenzmasse (vgl noch zur Kapitalerhöhung unten 6 a cc). Es ist sohin der Insolvenzverwalter im Verdrängungsbereich für deren Geltendmachung zuständig.¹²²

Wie ein Kapitalerhöhungsbeschluss (unten 6 a dd) kann eine vor Insolvenzeröffnung beschlossene Nachschusspflicht nicht ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters rückgängig gemacht werden, weil dies zu einer Verringerung der Masse führt.¹²³ Zur Frage, ob eine Nachschusspflicht – allenfalls aufgrund ergänzender Vertragsauslegung – auflösend bedingt für den Fall der Konkurs-/Insolvenzeröffnung vereinbart werden kann, gilt weitestgehend dasselbe wie bei einer Kapitalerhöhung (dazu unten 6 a dd). Eine solche Bedingung kann aber jedenfalls nur solange zur Rückzahlung berechtigen, als die Nachschüsse noch nicht eingezahlt wurden, weil danach im Insolvenzverfahren die Ausschüttungssperre wegen eingetretener Unterbilanz gem § 74 Abs 1 GmbHG¹²⁴ greifen wird.

AktG² I § 49 Rz 20; *Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG*⁵ I [2011] § 49 Rz 27), was jedoch in Bezug auf kapitalmarktferne Gesellschaften überprüfungsbedürftig ist.

118 Unstrittig, zB *Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG*¹⁸ § 26 Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 72 Rz 10; *Thole, Maßnahmen Rz 95; Trenker in U. Torggler, GmbHG* § 72 Rz 9; BGH II ZR 221/93 DStR 1994, 1129.

119 Aus diesem Grund kann eine Zustimmungspflicht zur Einforderung auch nicht auf Basis einer Treuepflicht begründet werden (*Trenker in U. Torggler, GmbHG* § 72 Rz 5; erwägend *Brugger/Schopper in WK-GmbHG* [35. Lfg; 2009] § 72 Rz 36).

120 *Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz*¹¹ I (2012) § 26 Rz 17 mwN; krit *Brugger/Schopper in WK-GmbHG* § 72 Rz 36.

121 Soweit man bei der GmbH analog § 215 Abs 2 AktG nicht nur einen Mehrheitsbeschluss (oben D 2 b bei und in FN 91), sondern auch die nach dieser Norm vorgesehene qualifizierte Mehrheit fordert, könnte dieses Quorum auch für die Begründung der Nachschusspflicht erforderlich sein.

122 *Brugger/Schopper in WK-GmbHG* § 72 Rz 45; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 72 Rz 13; *Reich-Rohrig, GmbH-Recht*¹ 605; *Trenker in U. Torggler, GmbHG* § 72 Rz 10.

123 *Emmerich in Scholz, GmbHG*¹¹ I § 26 Rz 19; *H. F. Müller, ZGR* 2004, 850.

124 Instruktiv dazu *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 74 Rz 1; *Trenker in U. Torggler, GmbHG* § 74 Rz 1.

2 Einberufung der Gesellschafterversammlung

Allein in den Schuldnerbereich fällt uE die Einberufung der Gesellschafterversammlung.¹²⁵ Gegenteiliges wird zuweilen in Deutschland vertreten.¹²⁶ Dies beruht freilich auf der zumindest mit dem österr Gesetz nicht vereinbaren These, der Masseverwalter sei Liquidator und damit Gesellschaftsorgan.¹²⁷ Ein anderes denkbare Argument zugunsten eines Einberufungsrechts des Masseverwalters lautet, dass ein solches Recht unter Umständen Debatten über Sanierungsmaßnahmen (zB Kapitalerhöhung) auf Initiative des Masseverwalters ermöglichen würde.¹²⁸ Solche Sanierungsmaßnahmen sind aber Gesellschafts- und Gesellschaftersache. Auch bestehen Minderheitenrechte zur Einberufung (§ 37 GmbHG; § 105 Abs 3 AktG). Findet sich nicht einmal eine solche Minderheit von fünf (AG) bzw zehn (GmbH) Prozent, wird ein Mehrheitsbeschluss ohnehin nicht erzielbar sein.

3 Bestellung und Abberufung von Organwaltern

Ebenfalls in den Schuldnerbereich gehören die Bestellung und Abberufung von Gesellschaftsorganen,¹²⁹ die auch während des Insolvenzverfahrens möglich bleiben.¹³⁰ Diese Vorgänge folgen daher den gesellschaftsrechtlichen Regeln; der Masseverwalter hat insofern keine Kompetenzen.¹³¹ Entsprechendes gilt für einschlägige Firmenbuchanmeldungen.¹³²

125 HM, zB *Bachner in Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 162; *ders in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² I § 105 Rz 11; *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 36 Rz 7; *S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 105 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 5; für Deutschland zB *Seibt in Scholz*, GmbHG¹¹ II (2014) § 49 Rz 6.

126 *G. H. Roth in Roth/Altmeyen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar⁷ (2012) § 49 Rz 2; vgl auch *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁸ § 49 Rz 3.

127 Siehe bereits oben II bei und in FN 6; vgl auch *Seibt in Scholz*, GmbHG¹¹ II § 49 Rz 6, der aber die Einberufungskompetenz des Insolvenzverwalters letztlich (zumindest „bei Vorhandensein von Geschäftsführern bzw. Liquidatoren“) ablehnt.

128 Dieses Argument verdanken wir der Diskussion.

129 *Casper in Ulmer/Habersack/Winter*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar III (2008) § 64 Rz 74; *Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 203 Rz 23; *Gelter in Gruber/Harrer*, GmbHG § 84 Rz 23; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 11, § 16 Rz 3; *Lutter/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz – Kommentar¹⁶ (2004) § 64 Rz 35; *J. Zehetner in WK-GmbHG* (37. Lfg; 2010) § 84 Rz 47; *Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz¹⁸ (2006) § 64 Rz 60; *Bitter in Scholz*, GmbHG¹¹ III (2015) Vor § 64 Rz 142; *Uhlenbruck in K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.145; RIS-Justiz RS0059995; OGH 4 Ob 11/10m SZ 2010/66; 6 Ob 246/07f GesRZ 2008, 108; 8 Ob 139/98v SZ 71/176; 2 Ob 46/97x SZ 72/127; 6 Ob 28/94 ZIK 1995, 61; 1 Ob 567/94 SZ 67/168; OLG Wien 6 R 139/95 NZ 1996, 315; BGH IX ZB 271/04 NJW-RR 2007, 624; OLG Rostock 6 W 52/02 RPfeger 2003, 444; vgl auch OGH 8 Ob 139/98v ZIK 1999, 64.

130 OGH 8 Ob 139/98v SZ 71/176; 6 Ob 28/94 ZIK 1995, 61.

131 RIS-Justiz RS0059903; OGH 6 Ob 28/94 ZIK 1995, 61; OLG Wien 6 R 139/95 NZ 1996, 315.

132 *ZB Casper in Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 78 Rz 17; *Haas in Baumbach/Hueck*, GmbHG²⁰ § 60 Rz 45; *H. F. Müller in MünchKommGmbHG* III

Die Begründung lautet im Kern, dass die Gesellschaftsorgane mangels massebezogenen Verwaltungs- und Verwertungskompetenzen (§ 2 Abs 2 IO) „ohnehin nichts anrichten können“.

Eine Ausnahme scheint die Rsp allerdings in dem Fall zu bejahen, dass mit der Organstellung (wohl kraft Satzungsregelung) unmittelbar – und nicht erst aufgrund eines in den Verdrängungsbereich bzw die Zuständigkeit des Masseverwalters fallenden Anstellungsvertrags – Entgeltansprüche verbunden sind.¹³³ Diesfalls falle die Entscheidung in den Tätigkeitsbereich des Masseverwalters.

Das dürfte freilich auf einem Missverständnis beruhen.¹³⁴ Ursprung und Beleg bildet eine ältere Entscheidung, wonach ein bei Konkursöffnung anhängiger Prozess, mit dem die Abberufung eines Geschäftsführers in einem solchen Fall angefochten wurde (zur Beschlussanfechtung noch unten 8), nicht zu den Schuldnerprozessen iSd § 6 Abs 3 KO gehörte, eben weil eine erfolgreiche Anfechtung wegen der außergewöhnlichen Verknüpfung des Amts mit Entgeltansprüchen zu einem rückwirkenden Wiederaufleben der Entgeltansprüche des Abberufenen geführt hätte.¹³⁵ Für die Kompetenzverteilung bei einem Beststellungs- und Abberufungsbeschluss nach Insolvenzeröffnung folgt daraus nichts, weil solche Beschlüsse die Masse ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters ohnehin nicht belasten können.¹³⁶

4 Satzungsänderung

Als Maßnahmen, mit denen die Gesellschafter über den Inhalt ihrer (nicht konkursbelasteten) Mitgliedschaft und nicht über das Gesellschaftsvermögen disponieren, gehören auch Satzungsänderungen grundsätzlich in den Schuldnerbereich.¹³⁷ Im Einzelfall können ihre Wirkungen allerdings über die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern sowie der Gesellschafter untereinander hinausgehen und sich auch auf das Gesellschaftsvermögen erstrecken, sodass eine Maßnahme in den Überschneidungsbereich fällt (dazu sogleich unter 5).

5 Insbesondere Firmenänderung

Erstes Beispiel für eine Satzungsänderung mit Masserelevanz bildet die Änderung der satzungsmäßigen Gesellschaftsfirma durch die Gesellschaf-

§ 64 Rz 86; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 664; *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.162; BGH II ZR 265/79 NJW 1981, 822; OLG Köln 2 Wx 13/01 RNotZ 2001, 593; s auch OLG Wien 3 R 179/73 NZ 1974, 22; aA AG Charlottenburg 97 HRB 49246 NJW-RR 1997, 31.

133 OGH 4 Ob 11/10m SZ 2010/66; 2 Ob 46/97x SZ 72/127; vgl auch AG Charlottenburg 97 HRB 49246 NJW-RR 1997, 31.

134 Krit auch *Karollus*, Insolvenzverwaltung und Gesellschaftsrecht, Vortrag beim Verein Interessengemeinschaft Sanierungsrecht, Linz, 19.11.2013. Wir danken Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Martin Karollus für die freundliche Überlassung der Vortragspräsentation.

135 OGH 1 Ob 567/94 SZ 67/168; s dazu auch unten 8 bei FN 211.

136 Vgl auch *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 163.

137 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 164; *Hüffer* in *MünchKommAktG*³ IV § 264 Rz 79; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 49 Rz 9.

ter. Der OGH hat die Zulässigkeit dieser Maßnahme in der Gesellschaftsinsolvenz offen gelassen.¹³⁸ UE spricht nichts dagegen:

Dabei handelt es sich allerdings anders als im werbenden Stadium nicht um eine Satzungsänderung, die „nur“ die Verfassung der Schuldner-Gesellschaft betrifft. Denn wie erörtert kann die Firma als Rechtsobjekt durchaus werthalt sein (oben D 1 b aa), sodass ihre Änderung (sofern die Firma nicht bereits vom Masseverwalter verkauft wurde) nicht bloß mitgliedschaftsbezogen ist, sondern auch Masserelevanz hat. Zusätzlich zu einem satzungsändernden Beschluss der Gesellschafter ist also die Zustimmung des Masseverwalters erforderlich. Zuvor ist der satzungsändernde Beschluss schwebend unwirksam.¹³⁹

Die praktische Bedeutung dieser Gesellschafterkompetenz im Überschneidungsbereich ist allerdings wohl gering, wenn man – zu Recht – die Zulässigkeit der Bildung einer außerstatutarischen „Ersatzfirma“ allein durch den Masseverwalter im Zusammenhang mit einer Firmen- bzw Unternehmensveräußerung anerkennt (dazu oben D 1 b bb).¹⁴⁰ Auch hat das OLG Wien jüngst eine Kompetenz des Insolvenzverwalters zur Änderung einer durch die Insolvenzeröffnung gesetzwidrig gewordenen Firma bejaht.¹⁴¹ Das überzeugt, weil dasselbe Bedürfnis zur Herstellung einer gesetzeskonformen Firma wie bei der Bildung einer Ersatzfirma besteht.

Hinsichtlich der Anmeldung hat der OGH generell eine Alleinzuständigkeit des Masseverwalters bejaht (falls denn eine Änderung der Satzungs-firma überhaupt möglich sei).¹⁴² UE ist die Anmeldung – abgesehen von den genannten Sonderkonstellationen außerstatutarischer Firmenbildung – dagegen sowohl durch die gesellschaftsrechtlich zuständigen Gesellschaftsorgane als auch durch den Masseverwalter zu unterzeichnen: Erstere bezeugen dadurch das satzungskonforme Zustandekommen, der Masseverwalter hingegen, dass er seine Zustimmung gegeben hat oder wenigstens hiermit gebe. Auch die Firmenbuchanmeldung fällt somit konsequenterweise in den Überschneidungsbereich.¹⁴³

6 Insbesondere Kapitalmaßnahmen

a Kapitalerhöhung

aa Zulässigkeit

Umstritten ist schließlich die Kompetenzverteilung bei Kapitalmaßnahmen, insb bei einer Kapitalerhöhung, wobei im Stadium der Insolvenzreife wohl schon aus praktischen Gründen nur eine effektive Erhöhung in Betracht kommen wird.¹⁴⁴ Außer Streit steht heute, dass dies entgegen älteren

138 OGH 6 Ob 145/02w GesRZ 2003, 168.

139 Vgl *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 35.

140 Ausf zum Ganzen *Trenker*, ZIK 2015, 86.

141 OLG Wien 28 R 324/14v ZIK 2015, 105 (zust *Trenker*, 84).

142 RIS-Justiz RS0117477; OGH 6 Ob 145/02w GesRZ 2003, 168; s dazu auch *Diregger* in *U. Torggler*, GmbHG § 51 Rz 4.

143 Vgl auch *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 158 f.

144 Eine nominelle Erhöhung ist nach hL unzulässig, zB *Nagele/Lux* in *Jabornegg/*

Auffassungen¹⁴⁵ auch während des Insolvenzverfahrens möglich ist.¹⁴⁶ Wirtschaftlich sinnvoll kann dies insb als vorbereitende Maßnahme für einen Sanierungsplan sein; denkbar ist auch, dass die Kapitalerhöhung notwendig ist, damit eine Bedingung für die Bestätigung des Sanierungsplans (§ 152a Abs 1 Z 3 IO) eintritt, wie zB die Erfüllung einer gewissen Quote,¹⁴⁷ oder sie selbst Gegenstand der Bedingung ist.¹⁴⁸

bb Masserelevanz als relevantes Zuständigkeitskriterium

Zuständig sind nach hM¹⁴⁹ auch während eines Insolvenzverfahrens die Gesellschaftsorgane, und zwar sowohl für den Kapitalerhöhungsbeschluss als auch für den Abschluss der Übernahme-/Zeichnungsverträge und für die Anmeldung zum Firmenbuch. Das Argument gegen eine Kompetenz des Masseverwalters aus einer älteren Entscheidung des OGH,¹⁵⁰ dass sich die Gesellschaft im Konkursverfahren nicht mehr im Verkehrsleben betätigen könne und die Tätigkeit des Masseverwalters folglich auf die Liquidation beschränkt sei, ist aber spätestens seit der Anerkennung der Sanierung als selbständigem Verfahrenszweck durch das IRÄG 2010¹⁵¹ überholt.¹⁵² Die neuere Rsp scheint ebenfalls Zweifel an dieser Auffassung zu hegen, konnte deren Berechtigung aber letztlich offen lassen.¹⁵³ Auch die Ansicht, dass die Gesellschafter im Insolvenzverfahren „Herren des Kapitalerhöhungsverfahrens“ blieben,¹⁵⁴ reduziert sich auf eine Be-

Strasser, AktG⁵ II § 149 Rz 51; *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 1 KapBG Rz 19; diff *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/807; abw *H. F. Müller*, Verband 180; vgl auch *Thole*, Maßnahmen Rz 102.

145 RG II 109/14 RGZ 85, 205; II 68/11 RGZ 77, 152; vgl auch OGH 8 Ob 154/64 SZ 37/137.

146 *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (71); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 306; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 52 Rz 5; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 147 Rz 50; *Winner*, Die nicht durchgeführte Kapitalerhöhung in der Insolvenz, in FS Peter Doralt (2004) 707 (711); *ders* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 149 Rz 97; BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460 uvm.

147 Dazu OLG Wien 28 R 79/13p ZIK 2013, 148.

148 Vgl nur *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 542.

149 *Götze*, Die Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf eine Kapitalerhöhung, ZIP 2002, 2204 (2208); *Haas/Hossfeld* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch⁴ § 92 Rz 298; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 71; *Koch* in *Hüffer*, Aktiengesetz¹¹ (2014) § 182 Rz 32; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 149 Rz 50; *Thole*, Maßnahmen Rz 91; *Treffer*, GmbHR 2002, 205; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG III § 55 Rz 33 f; BayObLG 3 Z BR 046/04 NZG 2004, 582; KG 23 U 3401/97 NZG 2000, 103; BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460 uvm.

150 OGH 8 Ob 154/64 SZ 37/137.

151 Vgl nur ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 4.

152 Vgl ausf *Götze*, ZIP 2002, 2204 ff; s auch *Eckert*, Kapitalmaßnahmen in Sanierungsszenarien, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011 (2012) 149 (157).

153 OGH 6 Ob 39/06p JBI 2006, 723; 1 Ob 53/01b ZIK 2001, 140.

154 *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 160; *Hermanns* in *Michalski*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haf-

hauptung; sie begründet nicht, warum gerade bei der Kapitalerhöhung unabhängig von der Masserelevanz und damit ohne Berücksichtigung der im Insolvenzverfahren vorrangigen Gläubigerinteressen, eine exklusive Gesellschafterzuständigkeit gegeben sein soll. UE gilt wie sonst, dass gem § 2 Abs 2, § 3 IO iVm § 83 Abs 1 IO iVm § 114 IO allein maßgebend ist, ob die Kapitalerhöhung die Insolvenzmasse betrifft.

cc Stadien der Kapitalerhöhung

1) Entscheidend ist somit, dass der Mittelzufluss aus einer Kapitalerhöhung nach hM in die Insolvenzmasse fällt.¹⁵⁵ Dem ist zuzustimmen, weil keine gesetzliche Grundlage dafür ersichtlich ist, den „Erlös“ aus einer Kapitalmaßnahme anders als einen sonstigen Neuerwerb nicht nach § 2 Abs 2 IO der Masse zuzuschlagen.¹⁵⁶ Wie jüngst auch der OGH obiter ausgesprochen hat,¹⁵⁷ führt dies konsequenterweise dazu, dass der Masseverwalter zur Einforderung der übernommenen Stammeinlagen zuständig ist (vgl auch oben D 1 a), mag der Anspruch auch auflösend bedingt durch die Eintragung der Erhöhung¹⁵⁸ sein;¹⁵⁹ umgekehrt können die Anteilserwerber vorbehaltlich § 3 Abs 2 HS 2 IO nur an den Masseverwalter schuldbefreiend leisten.

tung (GmbH-Gesetz)² II (2010) § 55 Rz 63: „Autonomie der Gesellschafter“; KG 23 U 3401/97 NZG 2000, 103.

155 *Eckert in Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 160; *Hüffer* in MünchKommAktG³ IV § 264 Rz 35, 72 ff; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁸ § 55 Rz 45; *H. F. Müller*, Verband 35 ff; *ders*, ZGR 2004, 845 f; *ders* in MünchKommGmbHG III § 64 Rz 86; *Nerlich* in *Michalski*, GmbHG² II § 60 Rz 163; *Noack* in FS Zöllner 422; *K. Schmidt*, Aktienrecht und Insolvenzrecht, AG 2006, 597 (604); *ders* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.14; *Servatius* in *Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz³ II (2015) § 182 Rz 70 ff; *Winner* in FS Peter Doralt 711; vgl OGH 6 Ob 187/02x GesRZ 2003, 289 uvm; aA *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 237 f mwN in FN 1077; *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, GmbH⁴ Rz 7.191.

156 Bisweilen wird kritisiert, dass diese Auffassung der Sanierungsbereitschaft abträglich sei, so zB *Hüffer* in MünchKommAktG³ IV § 264 Rz 77; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹ § 182 Rz 32; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁸ § 55 Rz 45; vgl auch *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 237 FN 1077; dagegen *K. Schmidt*, AG 2006, 604; vgl auch *H. F. Müller*, ZGR 2004, 846 und *Peifer* in MünchKommAktG³ IV § 182 Rz 78, die zu Recht darauf hinweisen, dass eine entsprechende Abstimmung mit Gläubigern/Masseverwalter Abhilfe schaffen kann.

157 OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) ZIK 2012, 101.

158 HM, zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 52 Rz 24 mwN.

159 Ebenso *Casper* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG III § 64 Rz 73; *H. F. Müller*, ZGR 2004, 846; *Servatius* in *Spindler/Stilz*, AktG³ II § 182 Rz 71; BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460; vgl *Eckert in Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 160 FN 60 aE.

Nicht verallgemeinerungsfähig ist idZ uE die Ansicht des OGH (1 Ob 53/01b ZIK 2001, 140), dass der Masseverwalter des Anspruchs auf Geltendmachung der Einlage im Ergebnis verlustig geht, indem er das endgültige Scheitern der Kapitalerhöhung durch das Vorbringen zu erkennen gebe, der Schuldner habe die Anmeldung der Erhöhung durch seinen Zahlungsverzug vereitelt.

Nur dieser kann daher gem § 52 Abs 6 iVm § 10 Abs 4 GmbHG, § 155 Abs 2 iVm § 29 Abs 1 AktG bestätigen, dass sich die Einlagen in seiner freien Verfügung befinden. Schon aus diesem Grund ist entgegen (d)hL¹⁶⁰ auch der Masseverwalter zur Vornahme der Firmenbuchanmeldung zuständig.¹⁶¹ Zusätzlich müssen allerdings auch sämtliche Geschäftsführer bzw der Vorstand und der Aufsichtsrats-Vorsitzende (§ 51 GmbHG, § 155 Abs 1 AktG) das Anmeldegesuch unterfertigen,¹⁶² um die Richtigkeit des angemeldeten Beschlusses zu dokumentieren. Es handelt sich also uE um eine Maßnahme des Überschneidungsbereichs, was in diesem Fall aber an firmenbuchrechtlichen Besonderheiten (oben 5)¹⁶³ und nicht an einem schutzwürdigen Interesse der Gesellschafter liegt.¹⁶⁴ Auf die Frage der (Un-)Wirksamkeit einer Weisung der Gesellschafter, die Anmeldung zu unterlassen oder zurückzunehmen, wird noch zurückgekommen (unten 6 a dd bei und in FN 175).

2) Der Kapitalerhöhungsbeschluss selbst wird dagegen nach bislang wohl unbestrittener Auffassung von den Gesellschaftern im autonomen Schuldnerbereich gefasst.¹⁶⁵ Dasselbe gilt für den Abschluss des Übernahme-/Zeichnungsvertrags, was schon deswegen naheliegt, weil die Neuerwerber in der Praxis ohnehin meist im Erhöhungsbeschluss bestimmt werden.¹⁶⁶ Dennoch hat der 6. Senat des OGH jüngst¹⁶⁷ eine „positive Beschlussfeststellungsklage“ eines Gesellschafters auf Feststellung, dass eine Kapitalerhöhung beschlossen worden sei, zurückgewiesen, weil davon die Masse betroffen und folglich der Insolvenzverwalter zuständig sei (zum Problem der Beschlussanfechtung noch unten 8). Konsequenterweise müsste dann aber auch der Beschluss zur Kapitalerhöhung selbst masserelevant sein und dem Überschneidungsbereich zugehören.

160 ZB Götze, ZIP 2002, 2208; Koch in Hüffer, AktG¹¹ § 182 Rz 32; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 509 f; BayObLG 3 Z BR 046/04 NZG 2004, 582.

161 Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 160; H. F. Müller, ZGR 2004, 847 f; Peifer in MünchKommAktG³ IV § 182 Rz 77; offen lassend OGH 1 Ob 53/01b ZIK 2001, 140.

162 Abw Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 160, der den Geschäftsführern die Möglichkeit einräumt, die Anmeldung durch den Masseverwalter im Falle eines Widerrufs des Erhöhungsbeschlusses zurückzuziehen.

163 Dass das Gesetz für die Kapitalerhöhung die Mitwirkung aller Geschäftsführer bzw die Mitwirkung des Aufsichtsrats-Vorsitzenden verlangt und eine Stellvertretung nach hM ausgeschlossen ist (Milchrahm/Rauter in WK-GmbHG [40. Lfg; 2010] § 51 Rz 10; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² II § 151 Rz 8; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/1 § 11 Rz 48 ff; OGH 6 Ob 321/97t ecolex 1998, 639), hat uE auch den Zweck, die „Richtigkeitsgewähr“ in Bezug auf den Erhöhungsbeschluss zu erhöhen.

164 Insoweit abw zB Peifer in MünchKommAktG³ IV § 182 Rz 77.

165 Siehe die Nw in FN 149 sowie Hüffer in MünchKommAktG³ IV § 264 Rz 29; H. F. Müller, ZGR 2004, 847; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 506; Servatius in Spindler/Stilz, AktG³ II § 182 Rz 71; vgl auch Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 160.

166 H. F. Müller, ZGR 2004, 847; Servatius in Spindler/Stilz, AktG³ II § 182 Rz 71; aA Pleister/Kindler, ZIP 2010, 508 f.

167 OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) ZIK 2012, 101; aA KG 23 U 3401/97 NZG 2000, 103.

Gegen diese Auffassung und für die bislang hM spricht uE aber, dass die Anteile bei der Kapitalerhöhung ohne Zugriff auf exekutionsunterworfenen Vermögen allein aus dem Verbandsverhältnis „geschaffen“ werden. Eine Kapitalerhöhung ist dementsprechend nicht einmal abstrakt geeignet, eine Verkürzung der Masse zu bewirken.¹⁶⁸ Es fehlt daher am Bezug zur Insolvenzmasse, auch wenn die mit der Erhöhung lukrierten Mittel wie gezeigt in die Insolvenzmasse fallen. Das ist kein Widerspruch, weil nach der Rsp zB auch der Erlös aus dem Verkauf einer exekutionsbefreiten, also nicht massezugehörigen Sache, als Neuerwerb Teil der Insolvenzmasse wird.¹⁶⁹

dd Vor Insolvenzeröffnung beschlossene, aber nicht durchgeführte Kapitalerhöhung

1) Wurde eine Kapitalerhöhung vor Insolvenzeröffnung beschlossen, liegt das Bedürfnis der Zeichner auf der Hand, sich von ihrem Versprechen zu lösen bzw ihre Einlage zurückzufordern, wenn es nachträglich zur Insolvenz gekommen ist. Denn sie erhalten nur mehr eine in aller Regel wertlose Beteiligung. Dennoch können die Neugesellschafter schon aus Gründen des erhöhten Bestandschutzes einer Kapitalerhöhung im Gläubigerinteresse ihre Einlagen jedenfalls nach Eintragung der Durchführung nicht mehr zurückfordern.¹⁷⁰ Allenfalls denkbar wäre diesfalls ein Ersatzanspruch gegen Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder, die Aufklärungspflichten verletzt haben oder ihrer Insolvenzantragspflicht nicht rechtzeitig nachgekommen sind. Denn § 69 Abs 3 IO wird vom OGH auch als Schutzgesetz zugunsten von „Neugesellschaftern“ interpretiert.¹⁷¹

2) Für den Zeitraum vor endgültiger Wirksamkeit der Kapitalerhöhung durch Eintragung im Firmenbuch ist das „Schicksal“ einer Kapitalerhöhung dagegen umstritten. Lehre und Rsp wollen einem konstatierten Schutzbedürfnis der Gesellschafter diesfalls durch unterschiedliche Ansätze Rechnung tragen: Der BGH¹⁷² und die überwiegende Lehre¹⁷³ gehen davon aus, dass die Gesellschafter den Erhöhungsbeschluss auch während des Insolvenzverfahrens noch widerrufen könnten. Wegen der Massezugehörigkeit der Einlageleistungen/-forderungen würde dies jedoch

168 Vgl Götze, ZIP 2002, 2208. Selbst wenn als (Sach-)Einlage ein Unternehmen vorgesehen ist und sich dieses als überschuldet erweisen sollte (was im Übrigen bereits gesellschaftsrechtlich unzulässig wäre), wäre eine Haftung der Insolvenzmasse für die übernommenen Schulden durch § 3 IO ausgeschlossen.

169 OGH 1 Ob 526/81 SZ 54/50.

170 Kalss/Eckert in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 70, 75; implizit *Winner* in FS Peter Doralt 710.

171 OGH 4 Ob 31/07y SZ 2007/40; dazu Kalss/Eckert in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 66 ff.

172 BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460.

173 *Hermanns* in *Michalski*, GmbHG² II § 55 Rz 63; *Hüffer* in *MünchKommAktG*³ IV § 264 Rz 75; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹ § 182 Rz 32; *Lieber* in *MünchKomm-GmbHG* III § 55 Rz 59; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 149 Rz 50; *Peifer* in *MünchKommAktG*³ IV § 182 Rz 77; *G. H. Roth* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG⁷ § 55 Rz 10; *Schnorbus* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG-Kommentar⁵ (2013) § 55 Rz 27.

evidentermaßen zu einer Verkürzung der Masse führen, die die – wenn auch nur auflösend bedingten – Einlageforderungen verliert. Ein solcher Beschluss könnte uE daher nur mit Zustimmung des Masseverwalters Wirkung entfalten (Überschneidungsbereich).¹⁷⁴

Aus demselben Grund ist auch eine Gesellschafterweisung an die Geschäftsführer, die Anmeldung zum Firmenbuch zu unterlassen oder zurückzunehmen, entgegen hM¹⁷⁵ unbeachtlich. Die Geschäftsführer dürfen ihre Mitwirkung an der Anmeldung nicht verweigern; ihre Beteiligung dient wie erwähnt nicht allein dem Interesse der Gesellschafter, sondern ist vorrangig firmenbuchrechtlichen Grundsätzen geschuldet.

Im Ergebnis noch einen Schritt weiter geht der Ansatz von *Winner*,¹⁷⁶ wonach der Kapitalerhöhungsbeschluss nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB)¹⁷⁷ idR unter der auflösenden Bedingung der Konkurseröffnung stehe und daher ex lege entfalle. Da es dem Parteiwillen entspreche, dass der Titel für die Einlageleistung mit Bedingungseintritt rückwirkend (ex tunc) entfällt, soll der Zeichner eine bereits erbrachte Einlage auch aussondern können, sofern es noch nicht zur Vermengung (§ 371 Fall 1 ABGB) gekommen ist.¹⁷⁸

3) UE kann jedoch nicht in dieser Allgemeinheit davon ausgegangen werden, dass ein Wegfall des Kapitalerhöhungsbeschlusses tatsächlich stets und zweifelsfrei dem Willen der Gesellschafter entspricht. So spricht schon der erste Anschein gegen eine solche Absicht, wenn die Gesellschafter den Beschluss in Anbetracht einer drohenden Insolvenz fassen und eine entsprechende Bedingung nicht ausdrücklich aufnehmen. Gerade für den Fall eines geplanten Sanierungsplans wird eine „Eigenkapital-spritze“ in aller Regel unumgänglich sein, weshalb eine auflösende Bedingung diesfalls keineswegs ohne weiteres unterstellt werden kann.¹⁷⁹ Zweifelhaft ist die Annahme einer auflösenden Bedingung des Beschlusses im Übrigen auch, wenn nicht (nur) die Gesellschafter selbst, sondern (auch) außenstehende Investoren die neuen Einlagen übernehmen.

174 Ausf. H. F. Müller, *Verband* 184 f; *ders*, ZGR 2004, 848 ff, 851 f; vgl auch *Emmerich* in *Scholz*, GmbHG¹¹ I § 26 Rz 19 zur Nachschusspflicht.

175 *Hüffer* in *MünchKommAktG*³ IV § 264 Rz 75; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹¹ § 182 Rz 32; *Lieber* in *MünchKommGmbHG* III § 55 Rz 59; *Peifer* in *MünchKommAktG*³ IV § 182 Rz 77; *Schnorbus* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 55 Rz 27; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG III § 55 Rz 33; BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460.

176 In FS Peter Doralt 711; *ders* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 152 Rz 99; zust. *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 158; im Ergebnis auch G. H. Roth in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁷ § 55 Rz 10.

177 Die Kritik *Götzes* (ZIP 2002, 2206 f), dass körperschaftliche, satzungsändernde Beschlüsse nicht wie sonstige Rechtsgeschäfte auszulegen sind, geht schon deshalb fehl, weil dies vor Eintragung der Satzungsänderung nicht gilt (vgl. generell krit. zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen gem. §§ 6, 7 ABGB U. Torggler, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen, in FS Aicher [2012] 781).

178 *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 74 f; *Winner* in FS Peter Doralt 721.

179 Vgl. *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 159 f.

Unabhängig von diesen Problemen der konkreten Vertragsauslegung ist aber vor allem fraglich, ob eine (auch ausdrückliche) auflösende Bedingung insolvenzrechtlich überhaupt zulässig wäre. Vor dem IRÄG 2010 war eine auflösende Bedingung eines Leistungsversprechens geradezu der Parade Fall einer wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrigen Vereinbarung.¹⁸⁰ Seither verbietet § 25b Abs 2 IO die Vereinbarung einer Vertragsauflösung oder eines Rücktrittsrechts sogar explizit. Auch wenn es sich vorliegend nicht um die Auflösung eines Vertrags, sondern um die eines Beschlusses handelt, geht im Ergebnis doch eine Rechtsposition der Gesellschaft verloren; es kommt sogar unmittelbar zum Entzug von Vermögen.

Dennoch ist die Interessenlage – wie *Eckert*¹⁸¹ jüngst dargelegt hat – vorliegend besonders gelagert: Denn anders als bei „gewöhnlichen“ Verträgen ist die Gegenleistung, die der Neuerwerber bei der Kapitalerhöhung erhält, im Konkurs geradezu zwangsläufig entwertet; ferner kann der gesetzlich notwendigerweise vorleistungspflichtige Erwerber seine Leistung mangels synallagmatischen Verhältnisses auch nicht gem § 21 Abs 3 IO verweigern.¹⁸² Die Absicherung der Werthaltigkeit der künftigen Gegenleistung als Masseforderung und das Zurückbehaltungsrecht wurden in den Materialien aber als wesentliche Argumente für die Zumutbarkeit der Auflösungssperre gem § 25b Abs 2 IO angeführt.¹⁸³ Es ist daher anzudenken, in einer Konstellation, in der sich selbst sorgfältige Verkehrsteilnehmer nur durch eine entsprechende Bedingung vor dem Insolvenzrisiko schützen können, diese weder § 25b Abs 2 IO noch § 879 ABGB zu unterstellen.

Dafür spricht insb, dass der Gesetzgeber des IRÄG 1997 in § 60 Abs 1 S 3 GmbHG, § 189 Abs 1 S 3 AktG für eine Kapitalerhöhung im Rahmen eines „Kapitalschnitts“¹⁸⁴ die Möglichkeit geschaffen hat, die Einlage an eine Bank als Treuhänderin zu leisten. Damit wollte er ausweislich der Materialien¹⁸⁵ den Neuerwerber gerade in dem Fall schützen, dass die Kapitalerhöhung zwar vor Insolvenz beschlossen, aber noch nicht eingetragen wurde.¹⁸⁶ Ob diese speziellere, in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte Wertung, dass Anteilserwerber besonders schutzwürdig sind, der allgemeineren, aber neueren Regelung gem § 25b Abs 2 IO vorgeht,¹⁸⁷ ist aus methodischer Sicht schwer zu beantworten. Ein solches Ergebnis würde immerhin auch mit der im Schrifttum vertretenen Meinung harmonisieren, dass § 25b Abs 2 IO nicht auf den Ausschluss eines insolventen Gesellschafters anwendbar ist.¹⁸⁸ Auch hat der OGH

180 Ausf *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBI 2013, 137 (145 f mwN).

181 In *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 159.

182 *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 73.

183 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12.

184 Instrukтив dazu *Reich-Rohrig*, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69.

185 Nach ErläutRV 734 BlgNR 22. GP 66 wurde bezweckt, dass der Zeichner „seines gezahlten Betrags nicht verlustig geht“, „wenn zwischen Beschlussfassung und Eintragung des Beschlusses in das Firmenbuch eine Insolvenz eintritt“.

186 So bereits zutr *Winner* in FS Peter Doralt 711.

187 So *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 159.

188 *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010

§ 25b Abs 2 IO jüngst für den Fall eines durch die Insolvenzeröffnung auflösend bedingten Forderungsverzichts zu Sanierungszwecken teleologisch reduziert.¹⁸⁹ Es sprechen somit gute Gründe dafür, dass nicht nur Gläubiger ihren Sanierungsbeitrag durch Verzicht, sondern auch Eigenkapitalgeber eine „Finanzspritze“ zu Sanierungszwecken auflösend bedingen können, soweit die Maßnahme noch nicht im Firmenbuch eingetragen wurde.

Folgt man dem, könnte auch der Übernahme-/Zeichnungsvertrag unter eine auflösende Bedingung gestellt werden. § 63 Abs 6 GmbHG, wonach Stammeinlagen ohne Vorbehalt zu übernehmen sind, steht dem in Folge teleologischer Reduktion nach hM nicht entgegen;¹⁹⁰ aus parallelen Gründen könnte eine auflösende Bedingung für den Fall einer Insolvenzeröffnung vor Eintragung der Kapitalerhöhung zumindest analog § 152 Abs 1 Z 4 AktG zu den zulässigen Vorbehalten gezählt werden. Wegen § 152 Abs 4 AktG müsste die Bedingung freilich in den Zeichnungsschein aufgenommen werden.¹⁹¹

Auch unter dieser Voraussetzung darf aber wie erwähnt nicht gleichsam per „Willensfiktion“ unterstellt werden, dass eine solche Bedingung aufgrund ergänzender Auslegung stets als vereinbart gilt. Die ergänzende Vertragsauslegung qua Willensfiktion darf nicht zu Lasten der Gläubiger als „Rettungsanker“ für Anteilserwerber „aus dem Hut gezaubert“ werden, die das Risiko einer Insolvenz in Kauf genommen haben, ohne sich entsprechend abzusichern. Unter der Voraussetzung, dass der Insolvenzeintritt im Zeichnungszeitpunkt bereits objektiv vorhersehbar war, ist uE auch das in Deutschland befürwortete¹⁹² Kündigungsrecht des Beteiligungserwerbers aus wichtigem Grund (vgl § 987 ABGB) bzw in sinngemäßer Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) abzulehnen.¹⁹³

4) Zusammengefasst können sich die Zeichner (auch wenn es sich um die Altgesellschafter handelt) einer noch nicht eingetragenen Kapitalerhö-

(2011) 59 (63 ff); *Leupold*, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167 (170 f); *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in der Exekution und Insolvenz, JBI 2012, 281 (288 mwN auch der Gegenansicht); aA zB *Umlauf*, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS G. H. Roth (2011) 845 (847 f).

189 OGH 1 Ob 157/13i ÖBA 2014, 283 (*Hämmerle*).

190 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 52 Rz 26; *Schopper* in WK-GmbHG (24. Lfg; 2009) § 63 Rz 194 ff.

191 Vgl nur *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II § 152 Rz 29; *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 152 Rz 46.

192 So *Götze*, ZIP 2002, 2207; *Lieber* in MünchKommGmbHG III § 55 Rz 59, 146; *Pleister/Kindler*, ZIP 2010, 504; OLG Düsseldorf 16 U 29/99 GmbHR 2000, 569; BGH II ZR 248/93 NJW 1995, 460; aA *H. F. Müller*, ZGR 2004, 852 ff; *Servatius* in *Spindler/Stilz*, AktG³ II § 182 Rz 71.

193 Vgl allgemein zum Wegfall der Geschäftsgrundlage *Rummel* in *Rummel/Lukas*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2014) § 901 Rz 5 ff mwN; OGH 6 Ob 30/02h SZ 2002/36; 3 Ob 513/94 JBI 1995, 173; zur Auflösung aus wichtigem Grund s OGH 1 Ob 340/98a immolex 1999/181; 6 Ob 661/95 EvBl 1997/20, 105; 8 Ob 628/91 JBI 1992, 517.

hung in der Insolvenz nicht ohne weiteres von ihrem Versprechen lösen. Erwägenswert ist lediglich die Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung des Erhöhungsbeschlusses oder Zeichnungs-/Übernahmevertrags, die aber nicht zu vermuten ist, wenn die bevorstehende Insolvenz bereits objektiv erkennbar war.

b Kapitalherabsetzung

aa Nominelle Kapitalherabsetzung

Auch eine nominelle Kapitalherabsetzung bleibt nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zulässig.¹⁹⁴ Sie hat keine effektive Auswirkung auf die Insolvenzmasse; es handelt sich lediglich um einen bilanziellen Passivtausch, der deshalb nicht der Zustimmung des Insolvenzverwalters bedarf.¹⁹⁵ Da eine solche Kapitalherabsetzung häufig und bei Unterschreitung des Mindeststammkapitals sogar zwingend (§ 181 Abs 1 AktG; § 54 Abs 4 GmbHG) mit einer Kapitalerhöhung kombiniert wird („Kapitalschnitt“), sind insofern die für Kapitalerhöhungen geltenden Grundsätze zu beachten (oben 6 a).

bb Effektive Kapitalherabsetzung

Die Zulässigkeit einer effektiven Kapitalherabsetzung in der Gesellschaftsinsolvenz wird mit guten Gründen bezweifelt, weil sie mit Masseminderung und Kosten verbunden wäre und somit dem Zweck des Insolvenzverfahrens zuwiderliefe.¹⁹⁶ Gegen die Zulässigkeit spricht uE auch, dass der dafür notwendige Gläubigeraufruf gem § 178 AktG im Insolvenzverfahren eine Irreführung der Gläubiger bewirken könnte. Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen sollte, müsste entweder der Masseverwalter zustimmen oder die Gesellschaft die damit verbundenen Kosten selbst tragen. Praktisch wird eine effektive Herabsetzung im Insolvenzverfahren schon deshalb keine Rolle spielen, weil die Gesellschaft den sich meldenden Gläubigern keine Sicherheiten (§ 178 Abs 1 AktG, § 55 Abs 2 GmbHG) bieten kann.¹⁹⁷

7 Übertragung vinkulierter Anteile

a AG

Als weiteres Beispiel für eine Maßnahme des Überschneidungsbereichs wird im Schrifttum bisweilen die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien genannt, sofern die Einlagen noch nicht vollständig einge-

194 Hüffer in MünchKommAktG³ IV § 264 Rz 78; Mennicke, Anmerkung zu BGH II ZR 278/96, NZG 1998, 549 (550); H. F. Müller in MünchKommGmbHG III § 64 Rz 94; Treffer, GmbHR 2002, 205; BGH II ZR 278/96 BGHZ 138, 71.

195 H. F. Müller in MünchKommGmbHG III § 64 Rz 94; Vetter in MünchKommGmbHG III Vor § 58 Rz 92; vgl auch H. F. Müller, ZGR 2004, 844 zur nominellen Kapitalerhöhung.

196 Hüffer in MünchKommAktG³ IV § 264 Rz 68 mwN, der allerdings die Möglichkeit der Verbindung mit einer Kapitalerhöhung betont.

197 Pleister/Kindler, ZIP 2010, 506; Treffer, GmbHR 2002, 205.

zahlt wurden.¹⁹⁸ Die Zuständigkeit des Masseverwalters wird damit begründet, dass eine offene Einlage ein Masseaktivum sei und daher ihm die Entscheidung obliegen müsse, ob er den neuen Erwerber für ausreichend solvent hält. Dagegen spricht auch nicht die Vormännerhaftung gem § 59 AktG, weil diese Haftung subsidiär ist und die Durchführung des mitunter aufwändigen Kaduzierungsverfahrens voraussetzt. Umstritten ist aber, ob zusätzlich die Zustimmung des zuständigen Gesellschaftsorgans erforderlich ist, also mangels abweichender Regelung die des Vorstands (§ 62 Abs 2 AktG).¹⁹⁹ Dagegen spricht, dass die Struktur einer Körperschaft durch einen Mitgliederwechsel unangetastet bleibt. Zweck der Anteilsvinkulierung ist aber, Entscheidungen über den Mitgliederkreis einem Gesellschaftsorgan zuzuweisen, das dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet ist und (mittelbar) das Vertrauen der Gesellschaftermehrheit genießt. So gesehen ist die Vorstandszuständigkeit nur ein Ersatz für einen Hauptversammlungsbeschluss oder gar – wie bei Personengesellschaften – für die Zustimmung aller Gesellschafter, um die Vinkulierung praktikabel zu gestalten. Das spricht uE dafür, dem in der Vinkulierungsklausel zum Ausdruck gekommenen Gesellschafts- und Aktionärsinteresse an der Gesellschafterstruktur auch in der Gesellschaftsinsolvenz zum Durchbruch zu verhelfen und die Zustimmung zur Anteilsübertragung dem Überschneidungsbereich zuzuordnen.

b GmbH

Aufgrund dieser (aktienrechtlichen) Ausgangssituation erscheint es *prima vista* zumindest paradox, dass die hM eine Zuständigkeit des Masseverwalters zur Übertragung eines nicht voll eingezahlten GmbH-Geschäftsanteils verneint.²⁰⁰ Auch bei der GmbH sind die offenen Einlagen ja Bestandteile der Masse. Bei näherer Betrachtung der Absicherung der Kapitalaufbringung zeigt sich allerdings, dass bei der GmbH die Durchsetzung des Einlageanspruchs nicht beeinträchtigt werden kann: Diese verliert ihren Einlageanspruch gegen einen Anteilsveräußerer nämlich dann nicht, wenn der Anspruch zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Firmenbuch²⁰¹ bereits fällig war; unter dieser Voraussetzung²⁰² haftet nämlich der Rechtsvorgänger gem § 78 Abs 2 GmbHG solidarisch mit dem Erwerber.²⁰³ Da die

198 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 163 f; *Hüffer* in *MünchKommAktG*³ IV § 264 Rz 80; *Jaufer*, GES 2013, 383; *Thole*, MaßnahmenRz 91.

199 Verneinend *Haberer/J. Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ I § 62 Rz 48; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² I § 62 Rz 12.

200 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 163 mwN; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 89; *Reichert/Weller* in *MünchKommGmbHG*² I § 15 Rz 563; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG¹¹ I § 15 Rz 258; abw *Jaufer*, GES 2013, 383, der nicht zwischen AG und GmbH differenziert.

201 Umstritten ist, ob damit die Anmeldung im Firmenbuch (*Petrasch/Verweijen* in *WK-GmbHG* [63. Lfg; 2014] § 78 Rz 11 f) oder gegenüber der Gesellschaft (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 9; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 78 Rz 10) gemeint ist.

202 RIS-Justiz RS0111452; OGH 4 Ob 341/98w SZ 72/10.

203 *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 78 Rz 10; *Zollner* in *U. Torggler*, GmbHG § 78 Rz 6; OGH 4 Ob 284/99i ÖBA 2000, 614.

Einlageforderungen der Gesellschaft spätestens durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ex lege fällig werden,²⁰⁴ haftet der Vormann somit ohnehin zwangsläufig für die Einlagepflicht fort.²⁰⁵ Die Durchsetzbarkeit der Forderung wird also durch die Anteilsübertragung nicht gefährdet, sondern allenfalls verbessert: Der Insolvenzverwalter erhält lediglich einen zusätzlichen Schuldner; seine Zustimmung ist nicht notwendig. Auch die Anmeldung eines Gesellschafterwechsels zum Firmenbuch fällt uE daher grundsätzlich in den Schuldnerbereich.²⁰⁶

8 Beschlussanfechtung

a „Verteidigung“ eines angefochtenen Beschlusses

aa Meinungsstand

Auf den ersten Blick unproblematisch ist die Zuständigkeitsverteilung in Prozessen über Beschlussanfechtungen: Es existieren eine gefestigte Rsp und eine im Wesentlichen übereinstimmende hM. Was zunächst die Passivseite betrifft, so steht man im Schrifttum heute im Wesentlichen auf dem Standpunkt, dass es eine Frage der Masserelevanz des Anfechtungsprozesses sei, ob für die Gesellschaft exklusiv der Masseverwalter oder die organschaftlichen Vertreter zuständig sind, den angefochtenen Beschluss zu verteidigen.²⁰⁷

Entsprechend der Weichenstellung des § 6 IO kommt es also darauf an, ob Auswirkungen auf die Insolvenzmasse bestehen, und zwar – das beruht auf der herrschenden Auslegung des § 6 Abs 3 IO (oben C 1 bei und in FN 26) – unmittelbare Auswirkungen.²⁰⁸ Verneinendenfalls werde die kraft Gesetzes passiv legitimierte Gesellschaft im „Schuldnerprozess“ auch nach der Insolvenzeröffnung durch ihre Organe vertreten, dh eine GmbH grundsätzlich durch ihre Geschäftsführer (§ 42 Abs 1 GmbHG), eine AG durch Vorstand und Aufsichtsrat gemeinschaftlich (§ 197 Abs 2 AktG).²⁰⁹ Ein Beispiel dafür bildet die Anfechtung einer beschlossenen Geschäftsführer-Abberufung, sofern mit dem Amt nicht ausnahmsweise Entgeltansprüche unmittelbar verbunden sind, wenn also die erfolgreiche Anfechtung der Abberufung nicht zu einer Belastung der Masse mit Entgeltansprüchen führt.²¹⁰

204 Oben bei und in FN 113.

205 Wegen der Konzentration auf die Auswirkungen im Insolvenzverfahren zu vernachlässigen ist uE die zeitliche Beschränkung der Haftung auf die Dauer von fünf Jahren gem § 78 Abs 3 GmbHG.

206 OGH 4 Ob 11/10m ZIK 2011, 145.

207 MwN *Bachner in Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 164 f; *Berger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 203 Rz 35; ausf mwN *H. F. Müller*, Verband 190 ff; s außerdem die Nw in FN 208.

208 RIS-Justiz RS0060188; OGH 4 Ob 11/10m SZ 2010/66 mwN; 2 Ob 46/97x SZ 72/127; 1 Ob 567/94 ZIK 1995, 24.

209 RIS-Justiz RS0127227, OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) GES 2011, 440.

210 RIS-Justiz RS0060188 mit T1; vgl zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern *F. Weber*, KTS 1970, 87; s auch die Nachweise in FN 208, sogleich im Text sowie bereits oben E 3.

Gibt es hingegen unmittelbare Auswirkungen auf die Insolvenzmasse, so ist nach der Rsp (und hL) § 7 IO anzuwenden. Die Vertretung der Gesellschaft falle daher in den Verdrängungsbereich, mit anderen Worten in die exklusive Zuständigkeit des Masseverwalters.²¹¹ Beispiele sind die Anfechtung einer Geschäftsführer-Abberufung mit Entgeltrelevanz²¹² sowie die Anfechtung eines ablehnenden, also negativen Beschlusses über eine Kapitalerhöhung, die mit einer sogenannten positiven Beschlussfeststellungsklage auf Feststellung des wirksamen Zustandekommens des Kapitalerhöhungsbeschlusses verbunden wurde.²¹³

Die Rsp bezieht sich im Wesentlichen auf Beschlüsse, die vor der Insolvenzeröffnung gefasst wurden und entweder bereits angefochten wurden oder mangels Ablaufs der Anfechtungsfrist noch angefochten werden können („Altbeschlüsse“). Nichts anderes wird aber für „Neubeschlüsse“ zu gelten haben.

bb Stellungnahme

Je nach Masserelevanz fällt die Verteidigung angefochtener Beschlüsse somit nach hM in den Verdrängungs- oder Schuldnerbereich. Allerdings geht es in gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsprozessen um die korrekte innergesellschaftliche Willensbildung und man kann somit mit der älteren Lehre durchaus nicht unbegründet einwenden, dass diese schuldnernerinternen Vorgänge den Masseverwalter „nichts angehen“, zumal Drittinteressen ohnehin durch Beschlussnichtigkeit geschützt sind.²¹⁴

Auch ist die Vertretung der kraft Gesetzes passiv legitimierten Gesellschaft durch die Gesellschaftsorgane Ausfluss der organschaftlichen Verpflichtung für das Gesellschaftsinteresse einschließlich des Interesses an einer gesetz- und satzungskonformen Willensbildung. Eine entsprechende Verpflichtung des Masseverwalters besteht nicht, ist dieser doch (nur) den gemeinsamen Interessen der Insolvenzbeteiligten verpflichtet (§ 81 Abs 2 IO).

Hinzu kommt, dass es sich bei Beschlussmängel-Streitigkeiten materiell um Mehrheits-/Minderheitskonflikte handelt. Die Parteistellung der durch ihre Organe vertretenen Gesellschaft ist deshalb vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Gebote eines fairen Verfahrens und insb des rechtlichen Gehörs nicht ganz unproblematisch. Rechtfertigung dieser „Repräsentanz“ der Gesellschaftermehrheit, die den angefochtenen Beschluss herbeigeführt hat und an seiner Verteidigung daher typischerweise ein besonderes Interesse hat, durch die Gesellschaftsorgane sind die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter(-mehrheit) auf die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane.

211 Für eine analoge Anwendung auf eine Minderheitsklage gem § 48 GmbHG gegen einen Geschäftsführer jüngst OGH 6 Ob 122/14f NZ 2015, 62 (zust *Thaler*).

212 OGH 1 Ob 567/94 ZIK 1995, 24.

213 Vgl OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) GES 2011, 440; allgemein OGH 7 Ob 300/05a wbl 2006, 334; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 152 f; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013) Rz 281 f.

214 Siehe die Nw bei *H. F. Müller*, Verband 191.

All dies scheint dafür zu sprechen, dass die Verteidigung des angefochtenen Beschlusses auch in der Gesellschaftsinsolvenz den Geschäftsführern (§ 42 Abs 1 GmbHG) bzw Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam (§ 197 Abs 2 S 3 AktG) obliegt. Allerdings besteht für die Gesellschaftsorgane nach Insolvenzeröffnung in aller Regel kein Anreiz mehr, die Wirksamkeit eines masse günstigen Beschlusses „mit Zähnen und Klauen“ gegen seine Anfechtung zu verteidigen. Es besteht bei masserelevanten Beschlüssen also die Gefahr einer Kollusion vertretender Gesellschaftsorgane mit dem Anfechtungskläger, weil die Vorteile aus einer angefochtenen Maßnahme ohnehin nur mehr den Gläubigern zu Gute kommen und außerdem die Loyalität gegenüber Gesellschaft und Mehrheit in Anbetracht des herannahenden Endes der Organstellung bröckeln könnte.²¹⁵ Umgekehrt besteht aber auch bei einer exklusiven Zuständigkeit des Masseverwalters die Gefahr einer Interessenkollision, nämlich dann, wenn er eine erfolgreiche Anfechtung für massemehrend hält.²¹⁶

Vergleichbaren Gefahren soll § 197 Abs 2 S 3 AktG begegnen, wonach die Aktiengesellschaft im Anfechtungsprozess nicht allein durch den von den Gesellschaftern nicht direkt bestellten und somit (in der Theorie) nicht notwendig mehrheitsnahen Vorstand vertreten wird, sondern gemeinsam von diesem mit dem Aufsichtsrat, der ja direkt von der Hauptversammlung besetzt wird.²¹⁷ Zu befürworten ist deshalb eine analoge Anwendung dieser Bestimmung in der Gesellschaftsinsolvenz mit der Wirkung, dass bei der Anfechtung masserelevanter Beschlüsse zu den gesellschaftsrechtlich vertretenden Organen der Masseverwalter hinzutritt, die Vertretung also in den Überschneidungsbereich fällt, wenn ein angefochtener „Altbeschluss“ unmittelbare Auswirkungen auf die Masse haben kann. Entsprechendes gilt für „Neubeschlüsse“ mit Masserelevanz,²¹⁸ weil auch hier die Gefahr besteht, dass die Gesellschaftsorgane nicht so recht motiviert sind, einen zu Unrecht angefochtenen Beschluss zu verteidigen. Hervorhebenswert ist freilich, dass sich die gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsgründe durch die Insolvenzeröffnung nicht ändern und namentlich die Masseinteressen *per se* eine Gesetz- oder Satzungswidrigkeit iSd § 41 GmbHG, § 195 AktG nicht heilen.

Zuzugeben ist freilich, dass die herrschende Auslegung des § 197 Abs 2 S 3 AktG dem skizzierten, allseits anerkannten Gesetzeszweck kaum gerecht wird: Denn danach haben zunächst separate Willensbildungen in Vorstand und Aufsichtsrat stattzufinden, die dann bei Übereinstimmung gemeinschaftlich nach außen umgesetzt werden.²¹⁹ Diese Ausle-

215 Vgl § 146 Abs 1, § 150 mit §§ 115 f, 125 UGB und dazu *U. Torggler* in *WK-UGB*⁴ (27. Lfg; 2011) § 146 Rz 2.

216 *H. F. Müller*, *Verband* 193 f, der daher für die Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschaftsorgane bei Klagen plädiert, deren Erfolg im Interesse der Masse liegt. Ob eine erfolgreiche Anfechtung masse günstig oder nicht wäre, kann aber im Vorhinein durchaus zweifelhaft sein.

217 *A. Hueck*, *Die Vertretung von Kapitalgesellschaften im Prozeß*, in *FS Böttcher* (1969) 197 (203 f); vgl auch *BGH II ZR 56/59 BGHZ 32, 114*.

218 Zu ihrer wirksamen Ausführung bedürfen derartige Beschlüsse der Mitwirkung des Masseverwalters, was umso mehr dafür spricht, dem Masseverwalter auch deren Verteidigung zu erlauben.

219 *ZB Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*² II § 197 Rz 44; *Strasser* in

gung nimmt dem Vorstand, der mit dem Anfechtungskläger kolludiert, allerdings bloß die Möglichkeit, durch gesellschaftsschädliche (aktive) Handlungen auf das Prozessergebnis Einfluss zu nehmen, nicht aber jene zu opportunistischen Unterlassungen. Richtiger ist uE daher auf das Verhältnis zwischen den beiden vertretenden Organen und – in der Gesellschaftsinsolvenz – auch auf das Verhältnis zwischen den vertretenden Gesellschaftsorganen und dem Masseverwalter §§ 14 f ZPO über die einheitliche Streitpartei analog anzuwenden, dh das „Einstimmigkeits-“ iVm dem „Günstigkeitsprinzip“.²²⁰ Idealerweise einigt man sich ohnehin auf einen gemeinsamen Prozessvertreter.

In Bezug auf das Klagebegehren ist es uE entsprechend der befürworteten Analogie zu §§ 14 f ZPO zulässig, sowohl den – namentlich genannten – Verwalter als Masseverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft als auch die Gesellschaft vertreten durch ihren Geschäftsführer bzw Vorstand und Aufsichtsrat gesondert als Beklagte auszuweisen.

b Legitimation zur Beschlussanfechtung

aa Meinungsstand

Bei Beschlüssen, die – was man freilich im Vorhinein nicht immer so genau weiß – masseabträglich sind, stellt sich die weitere Frage, ob der Masseverwalter selbst anfechten kann, wenn die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Die hM bejaht dies bei Masserelevanz: Das Anfechtungsrecht der Geschäftsführergesamtheit gem § 41 Abs 3 GmbHG bzw des Vorstands gem § 196 Abs 1 Z 4 AktG gehe auf den Masseverwalter über.²²¹ Hintergedanke ist, dass auch aktivseitig die Gefahr besteht, dass den an sich anfechtungsberechtigten Leitungsorganen das Interesse fehlt, gesetz- oder satzungswidrige Beschlüsse zu bekämpfen, was gleichsam als Spiegelbild der Situation auf der Beklagtenseite (dazu soeben a) die Zuerkennung einer Anfechtungsbefugnis rechtfertigt. Ein Beispiel aus der Rsp bildet die Anfechtung einer Bilanzfeststellung, bei der eine Forderung der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter „ausgebucht“ wurde. Der OGH bejahte das Anfechtungsrecht des Masseverwalters entsprechend § 41 Abs 3 GmbHG und in der Folge auch die Mangelhaftigkeit des Beschlusses, weil bei seiner Fassung ein Stimmverbot gem § 39 Abs 4 GmbHG missachtet worden sei.²²²

bb Stellungnahme

Die Entscheidung leidet allerdings schon an dem „Wurzelmangel“, dass die Aufnahme in die Bilanz keine konstitutive Wirkung für die (In-)Existenz

Jabornegg/Strasser, AktG⁵ I § 197 Rz 8; vgl auch *Hüffer* in MünchKommAktG³ IV § 246 Rz 55; s bereits *A. Hueck* in FS Bötticher 205.

220 Näher *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 334; *Schneider* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ II/1 (2015) § 14 ZPO Rz 103 ff je mwN.

221 OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) GES 2011, 440; 1 Ob 194/63 SZ 37/24; aA *H. F. Müller*, Verband 203 ff.

222 OGH 1 Ob 194/63 SZ 37/24.

der darin ausgewiesenen Gesellschaftsforderungen hat, also die Masserelevanz des Prozesses von vornherein fehlte. Vor allem zeigt die Entscheidung, dass die Anfechtung durch den Masseverwalter durchaus zu „Zufallsgeschenken“ für Masse und Gläubiger führen kann. Noch deutlicher wird dies etwa, wenn bloße Formalfehler die Anfechtbarkeit des Beschlusses begründen.²²³

Hinzu kommt, dass das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG, § 196 Abs 1 Z 4 AktG dem Organ zukommt und nicht namens der Gesellschaft, also der Schuldnerin, ausgeübt wird.²²⁴ Die Behauptung, dass die Anfechtungsbefugnis übergehe, ist daher höchst zweifelhaft.²²⁵ Dabei ist auch zu bedenken, dass diese Befugnis Ausfluss der Leitungsaufgabe der Organe im Gesellschaftsinteresse ist, die dem Masseverwalter nicht zukommt. Man könnte also mit Fug und Recht sagen, dass eine anfechtbare Willensbildung den Masseverwalter „nichts angeht“, weil die Beschlussanfechtung der Sicherstellung einer korrekten Willensbildung dient und nicht der dem Masseverwalter obliegenden Obsorge für die Masse.²²⁶ Auch auf die Willensbildung eines Schuldners, der eine natürliche Person ist, kann der Masseverwalter nachträglich keinen Einfluss nehmen; er kann nur gem §§ 27 ff IO gegen masseschädliche Rechtshandlungen infolge der schuldnerischen Willensbildung vorgehen.²²⁷ Das und nicht die gesellschaftsrechtliche Beschlussanfechtung zur Bekämpfung verzichtbarer (!) Beschlussmängel ist das gesetzliche Mittel zur Durchsetzung von Masseinteressen.²²⁸

„Neubeschlüsse“ können die Masse gem § 3 IO ohnehin nicht verpflichten. Im Überschneidungsbereich sind sie bis zur Zustimmung des Masseverwalters schwebend unwirksam (oben D 3), im Schuldnerbereich definitionsgemäß nicht masserelevant und im Verdrängungsbereich (s oben D 1) jedenfalls den Gläubigern gegenüber unwirksam (§ 3 IO), wenn nicht überhaupt gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG (bei der GmbH analog) nichtig.²²⁹ Die hM vom Klagerrecht des Masseverwalters ist uE aus diesen Gründen abzulehnen. Folgt man ihr dennoch, sollte die Anfechtungsbefugnis wenigstens nur analog § 41 Abs 3 GmbHG, § 196 Abs 1 Z 4 AktG zusätzlich zu dem Anfechtungsrecht des Vorstands²³⁰ und jenem der Gesellschafter²³¹ zuerkannt werden, denen nach wie vor primär die Wahrung der Gesellschaftsordnung obliegt. Gründe für eine Verdrängung ihrer

223 Siehe auch *H. F. Müller*, Verband 206.

224 HM, *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² II § 196 Rz 48 ff; OGH 1 Ob 84/02p EvBl 2002/158, 609 je mwN.

225 *H. F. Müller*, Verband 204 f.

226 Siehe *H. F. Müller*, Verband 203 ff, insb 205 f (vgl aber auch 212 zur Nichtigkeitsklage).

227 Zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen gem §§ 27 ff IO *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 84 mwN.

228 *H. F. Müller*, Verband 207.

229 Für den Fall der Nichtigkeit ist eine Klagebefugnis des Masseverwalters analog § 201 Abs 1 AktG zu befürworten, um eine Erga-omnes-Feststellung zu ermöglichen und damit für Rechtssicherheit zu sorgen (*H. F. Müller*, Verband 190, 211 ff).

230 Siehe auch *H. F. Müller*, Verband 204 f.

231 AA möglicherweise OGH 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) GES 2011, 440.

Anfechtungsbefugnis sind nicht ersichtlich. Besteht die Gefahr, dass sich eine erfolgreiche Anfechtung nachteilig auf die Masse auswirken könnte,²³² kann und muss der Masseverwalter den Beschluss ohnehin auf der Passivseite verteidigen.

IV Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

A Zustimmungspflicht zu außergewöhnlichen Maßnahmen

Die Probleme der Kompetenzverteilung sind im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners anders gelagert als in Verfahren ohne Eigenverwaltung, weil die Tätigkeit des Sanierungsverwalters primär rein überwachender Natur ist: Die Eigenverwaltung ist in §§ 169 ff IO in Anlehnung an den früheren § 8 AO und damit an § 116 HGB²³³ so konzipiert, dass der Schuldner gem § 169 Abs 1 IO selbst verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt, bei außergewöhnlichen Rechtshandlungen aber die Zustimmung des Sanierungsverwalters benötigt (§ 171 Abs 1 IO). Selbst gewöhnliche Rechtshandlungen kann der Sanierungsverwalter durch Einspruch untersagen.

Auch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen können uE außergewöhnlich sein und der Einwilligung des Sanierungsverwalters bedürfen.²³⁴ Voraussetzung ist angesichts der offensichtlichen Zwecksetzung von § 171 Abs 1 IO, die Gläubiger vor einer Kürzung der Masse zu schützen (vgl § 170 Abs 1 Z 1 IO),²³⁵ aber auch bei der Eigenverwaltung, dass die Handlung überhaupt Masserelevanz hat. Insoweit gilt grundsätzlich das zum Insolvenzverfahren ohne Eigenverwaltung Ausgeführte sinngemäß (oben III C 1).

Allerdings können die Besonderheiten der Eigenverwaltung zumindest in einem Fall ein abweichendes Ergebnis rechtfertigen, nämlich bei der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans: Während diese Maßnahmen im Verfahren ohne Eigenverwaltung wie gezeigt (oben III E 3) nach hM nicht in den Verdrängungsbereich fallen, weil dem Vertretungsorgan nicht einmal eine Verfügung mit mittelbarer Wirkung auf die Insolvenzmasse möglich ist, hat der OGH die Bestellung und Abberufung als zustimmungsbedürftig gem § 8 Abs 3 AO angesehen.²³⁶ Dem ist beizupflichten, weil die Veränderung der die Eigenverwaltung ausübenden Geschäftsleiter gravierende Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben kann, mögen diese auch nur mittelbar sein (s oben III C 1).

Der Einwand, dass ein einfacher Größenschluss aus der Rechtslage im Konkursverfahren ergebe, dass eine Zustimmung des Verwalters im Aus-

232 Diese Gefahr hatte der OGH möglicherweise in 6 Ob 197/11f (6 Ob 198/11b) GES 2011, 440 vor Augen.

233 Denkschrift 159, wobei die Materialien zumindest nicht explizit auf den maßgeblichen Unterschied eingehen, dass § 116 HGB den Geschäftsführer nur im Innenverhältnis verpflichtet, während ein Verstoß gegen § 171 IO zur Unwirksamkeit der Handlung führt.

234 Ebenso *Jaufer*, Eigenverwaltung im Sanierungsverfahren – Kompetenzen des Sanierungsverwalters, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara*, Insolvenz- und Sanierungsrecht – Jahrbuch 2013 (2013) 283 (287).

235 Siehe bereits Denkschrift 159.

236 OGH 7 Ob 53/69 NZ 1970, 29.

gleichs- bzw Sanierungsverfahren erst Recht entfallen müsse,²³⁷ ist also nicht berechtigt. Denn das Vertretungsorgan verfügt eben nur bei der Eigenverwaltung über die Rechtsmacht, die Quote der Gläubiger durch seine Vertretungshandlungen zu beeinträchtigen. Auch ist uE das Ergebnis durchaus sachgerecht, dass der Sanierungsverwalter die Bestellung eines seines Erachtens vertrauensunwürdigen oder untauglichen Vertreters verhindern kann (vgl § 276a S 2 dInsO). Ebenso verhält es sich bei der Abberufung derjenigen Person(en), die vom Gericht für fähig gehalten wurde(n), die Eigenverwaltung zu übernehmen, wenn der Sanierungsverwalter auch einen freiwilligen Rücktritt eines Organmitglieds nicht verhindern kann.

Die Veränderung der Aufsichtsrats-Zusammensetzung ist uE dagegen aus Gläubigersicht nicht erheblich genug, um als außergewöhnliche Handlung qualifiziert zu werden. Die Tätigkeit des Aufsichtsrats beschränkt sich primär auf Überwachungsaufgaben; selbst deren pflichtwidrige Unterlassung begründet keine allzu große Gläubigergefahr, weil bei der Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte ohnehin auch die Zustimmung des Sanierungsverwalters erforderlich ist (dazu sogleich B). Das gilt trotz seiner herausragenden Stellung auch in Bezug auf den Aufsichtsrats-Vorsitzenden.

B Keine Verdrängung gesellschaftsinterner Überwachungskompetenzen

Was die Kompetenzverteilung bei der Eigenverwaltung betrifft, wird die Frage aufgeworfen, wie sich diese Zustimmungskompetenz des Sanierungsverwalters hinsichtlich ungewöhnlicher Handlungen zu gesellschaftsrechtlichen Zustimmungsrechten des Aufsichtsrats (§ 95 Abs 5 AktG, § 30j Abs 5 GmbHG) und der Gesellschafterversammlung (§ 35 GmbHG)²³⁸ verhält. Unbestritten ist nur, dass das Einwilligungserfordernis gem § 171 Abs 1 IO nicht deshalb entfällt, weil das Vertretungsorgan ohnehin der gesellschaftsinternen Kontrolle unterliegt. Fehlende Einwilligung oder ein Einspruch des Sanierungsverwalters ist daher unabhängig von der Zustimmung der gesellschaftsrechtlichen Kontrollinstanz beachtlich.²³⁹ Diskutiert wird aber, ob die Kompetenzen von Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung durch die Zuständigkeit des Sanierungsverwalters verdrängt werden.²⁴⁰ In Deutschland wurde die heftig umstrittene Frage²⁴¹ jüngst

237 *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 173. Auch OGH 8 Ob 139/98v RdW 1999, 75 sieht die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit im Konkursverfahren als „offenkundige Abkehr“ von der Rsp der Zustimmungspflicht im Ausgleichsverfahren.

238 Vgl auch das Konsultationsrecht bei außergewöhnlichen Maßnahmen und dazu oben III C 2 bei und in FN 31.

239 Zutr *Jaufer* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch 2013, 298; *ders*, GES 2013, 385 f.

240 Dafür *Jaufer*, GES 2013, 386 ff; *ders* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch 2013, 298 f; *Kalss/Oelkers*, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat, Kap 24 Rz 48; *dies*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, Aufsichtsrat aktuell 2007, 11 (13 f); dagegen *Bachner* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008, 162.

241 Für ein „Nebeneinander“ beider Zustimmungserfordernisse *Haas* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch⁴ § 87 Rz 18 ff; *H. F. Müller* in *MünchKomm-*

durch Einfügung von § 276a dInsO gelöst, wonach gesellschaftsrechtlichen Organen wie Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung im Verfahren mit Eigenverwaltung keinerlei Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt.

In Österreich besteht uE für eine solche Verdrängung des Gesellschaftsrechts keine Grundlage: Das Konzept der Eigenverwaltung läuft darauf hinaus, dass der Schuldner zunächst autonom darüber entscheidet, ob er eine Handlung vornehmen will, und diese Entscheidung im Falle ihrer Ungewöhnlichkeit anschließend vom Sanierungsverwalter auf ihre Vereinbarkeit mit den Interessen der Gläubiger überprüft wird. Wie die Initiative zu einer Handlung zustande kommt, regelt die IO aber nicht; es ist folglich naheliegend, dass es sich um eine Frage der internen Willensbildung und daher des Innenrechts der Gesellschaft handelt. Auch besteht kein Anhaltspunkt, dass die für die verbende Gesellschaft als sinnvoll erachtete Kompetenzverteilung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung außer Kraft tritt, zumal die betriebsbezogene und allgemeinbetriebswirtschaftliche Expertise von Aufsichtsrat und/oder Gesellschafterversammlung auch und gerade im Sanierungsverfahren wertvoll sein kann.

Der Sanierungsverwalter kann keine Maßnahme gegen den Willen des Schuldners erzwingen, sondern hat nur die Möglichkeit, die Entziehung der Eigenverwaltung (§ 170 Abs 1 IO) oder doch gewisser Kompetenzen (§ 172 Abs 2 IO) beim Insolvenzgericht anzuregen.²⁴² Die Vorstellungen des Sanierungsverwalters sind somit von vornherein unbeachtlich, wenn keine Initiative der insolventen Gesellschaft vorausgeht. Ein Entscheidungskonflikt aufgrund einer ablehnenden Entscheidung des Gesellschaftsorgans bei gleichzeitiger Befürwortung durch den Sanierungsverwalter ist daher richtigerweise nicht möglich: Wird der Maßnahme bereits intern widersprochen, darf sie vom Geschäftsführungsorgan schon deswegen nicht umgesetzt und auch nicht dem Sanierungsverwalter vorgelegt werden, mag dieser in der Praxis auch häufig vorweg konsultiert werden. Eine „doppelte Zustimmungspflicht“ ist mit der Systematik von § 171 Abs 1 IO also zwanglos vereinbar, weshalb entgegen *Jaufer*²⁴³ gar kein Kompetenzkonflikt vorliegt, der durch einen (uE auch nur vermeintlichen) Vorrang des Insolvenzrechts²⁴⁴ zu lösen wäre. Dass sich die Gesellschaft durch

GmbHG III § 64 Rz 120; *Ringstmeier/Homann*, Nebeneinander von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung! NZI 2002, 406; *K. Schmidt*, AG 2006, 602 je mwN; aA *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz² II (2010) § 264 Rz 14; *Landfermann* in *Kreft*, Insolvenzordnung⁶ (2011) § 270 Rz 30; *Pape* in *Kübler/Prütting/Bork*, Kommentar zur Insolvenzordnung (48. Lfg; 2012) § 270 Rz 51; *Prütting/Huhn*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung, ZIP 2002, 777 (778 ff); *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO¹³ § 270 Rz 3 uam; diff *M. Hofmann*, Eigenverwaltung 169 ff; *Noack*, ZIP 2002, 1876 ff.

242 Zum fehlenden Antragsrecht implizit wohl *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (2010) Rz 617.

243 GES 2013, 386 ff; *ders* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch 2013, 298 f.

244 *Jaufer* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch 2013, 298 f, stützt dies auf die OGH-Entscheidung 3 Ob 51/10m wbl 2010, 595, über das Verhältnis der Insolvenzanfechtung zur Kapitalerhaltung, die aber auf einer durch ver-

den Antrag auf Eigenverwaltung dem „Kompetenzregime“ des Sanierungsverwalters unterworfen hat, ist richtig, sagt aber nichts über die entscheidende Frage aus, ob dieses „Regime“ einen Eingriff in die interne Willensbildung vorsieht.

Rechtsdogmatisch beruht die Gegenauffassung auf der Annahme, dass das Vertretungsorgan funktional die Stellung eines Masseverwalters im Verfahren ohne Eigenverwaltung einnehme.²⁴⁵ Denn diesfalls die Überwachungskompetenzen anderer Gesellschaftsorgane wie im Verdrängungsbereich während des Verfahrens ohne Eigenverwaltung (oben III D 1) zwangsläufig außer Kraft gesetzt sein. Für die genannte Prämisse bietet § 169 IO aber ebenfalls keinen Anhaltspunkt, sondern spricht nur von der Verwaltung durch den Schuldner, unabhängig davon, ob dieser eine natürliche oder moralische Person ist (vgl. dagegen § 141 Abs 3 IO). Die vorgetragene Konstruktion ist zudem mit der hM²⁴⁶ unvereinbar, die im Einklang mit den Ausführungen in der Denkschrift²⁴⁷ zur AO²⁴⁸ die Eigenverwaltungsbefugnis nicht durch eine Qualifikation des Schuldners oder gar seiner organschaftlichen Vertreter als Verwalter der Masse konstruieren, sondern bloß von einer partiellen Einschränkung der Verfügungsmacht des Schuldners ausgehen.

Eigenverwaltung ist folglich nichts anderes als Handeln des Schuldners, also der Gesellschaft entsprechend ihrer internen Kompetenzverteilung.²⁴⁹ Allfällige Kritik, dass das „doppelte Zustimmungserfordernis“ notwendige Maßnahmen verhindern oder zumindest entscheidend verzögern könne, kann nach alledem höchstens de lege ferenda zu berücksichtigen sein.

C Verdrängungs- und Überschneidungsbereich im Kompetenzkatalog gem § 172 IO

Auch beim Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung sind gem § 172 IO gewisse Handlungen der ausschließlichen Kompetenz des Verwalters zugewiesen. Insoweit ist auch bei der Eigenverwaltung ein Verdrängungsbereich möglich, zB für eine Anfechtung gem §§ 27 ff IO oder die Bestreitung von Forderungen gem § 105 Abs 3 IO. Für die in § 172 IO angeführten Verwertungshandlungen, wie zB die Veräußerung von Liegenschaften (§ 172 Abs 1 Z 4 iVm § 117 Abs 1 Z 3 IO), braucht der Sanierungsverwal-

schiedene Argumente gestützt, nicht verallgemeinerungsfähigen Wertentscheidung zu der konkreten Fragestellung beruht (ausf. *Trenker*, Insolvenzanfechtung 143 ff). Auf andere Probleme im Schnittfeld zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht kann ihr Ergebnis daher nicht ohne weiteres übertragen werden.

245 So aber *Prütting/Huhn*, ZIP 2002, 778 f.

246 *Riel*, Die Eigenverwaltung gem §§ 169 ff IO, in *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 131 (135); ebenso *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs² (2015) Rz 126; *Konecny*, Eigenverwaltung im Konkurs privater Schuldner, in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozessrecht V (1995) 45 (60), je zum Schuldenregulierungsverfahren; vgl. auch bereits *Bartsch/Pollak*, KO³ II § 8 AO Anm 60; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 766.

247 Denkschrift 159.

248 Diese dienen den §§ 169 ff IO ausweislich der Materialien (ErläutRV 612 BgNR 24. GP 30) als Vorbild.

249 Zutr. *K. Schmidt*, AG 2006, 602.

ter aber gem Abs 3 S 2 leg cit – vergleichbar dem Überschneidungsbereich – zusätzlich die Zustimmung des Schuldners.²⁵⁰

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht hervorzuheben ist, dass der Sanierungsverwalter gem § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 letzter S, § 101 Abs 1 S 3 AktG auch etwaige Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie Aktionäre geltend zu machen hat. Fraglich ist, ob dies auch für die praktisch besonders wichtige Verfolgung von Ersatzansprüchen wegen verbotener „Einlagenrückgewähr“ bei der GmbH gilt. Dagegen spricht, dass die Kompetenz des Sanierungsverwalters im Aktienrecht wohl damit zu erklären ist, dass in allen betroffenen Fällen – außerhalb eines Insolvenzverfahrens – ein unmittelbarer Anspruch der Gläubiger vorgesehen ist, was bei der GmbH aber nicht der Fall ist.²⁵¹ Eine analoge Anwendung ist uE allerdings auf die Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) geboten.²⁵² Dieser Anspruch ist nämlich insofern besonders gelagert, als in diesen Fällen idR gar kein Schaden der Gesellschaft, sondern nur ein solcher ihrer Gläubiger eintritt,²⁵³ was gegen eine Geltendmachung durch die gesellschaftsinterne Organisation spricht.

V Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Bei insolventen Kapitalgesellschaften ist ebenso wie bei natürlichen Personen zwischen Maßnahmen zu unterscheiden, für die in Insolvenzverfahren ohne Eigenverwaltung ausschließlich der Masseverwalter zuständig ist („Verdrängungsbereich“), und solchen, die trotz Insolvenzeröffnung in die Kompetenz des Schuldners bzw seiner Organe fallen („Schuldnerbereich“). Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist gem § 3 IO die Masserelevanz einer Handlung (III C 1). Anders als bei Insolvenzschuldern, die natürliche Personen sind, kann der Masseverwalter aber nicht alle massebezogenen Rechtshandlungen autonom vornehmen, weil Strukturmaßnahmen auf die nicht masseunterworfenen Mitgliedschaften der Gesellschaften einwirken. Diesfalls ist daher ein Zusammenwirken des Masseverwalters und der zuständigen Gesellschaftsorgane erforderlich („Überschneidungsbereich“) (III C 2).
- Wegen der verbleibenden Kompetenzen der Gesellschaftsorgane ist es konsequent, dass Geschäftsführer/Vorstand und Aufsichtsrat trotz der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung (als solche) im Amt bleiben (II A). Freilich werden ihre Entgeltansprüche ihrem stark verminderten Aufgabenbereich angepasst (II B).
- Die Gesellschaftsorgane haben die insolvenzspezifischen Kompetenzen auszuüben, die dem Schuldner zugewiesen sind (zB § 84 Abs 3,

250 *Riel*, Wer ist der Insolvenzverwalter, ZIK 2012, 47 (51).

251 Das Insolvenzgericht kann uE im Ergebnis aber durch ein konkretes Verbot an den Schuldner (§ 172 Abs 2 IO) die Legitimation zur Geltendmachung auf den Sanierungsverwalter übertragen (§ 172 Abs 3 IO).

252 *Mohr*, Sanierungsplan Rz 645; *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBI 2013, 613 (625).

253 *Ausf U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 614 f.

§§ 87, 105 Abs 4 IO), insb das Recht auf Beantragung eines Sanierungsplans (§ 140 IO) (III D 2 b), sowie das Verfügungsrecht über all-fälliges insolvenzfreies Vermögen (III D 2 c). Hervorhebenswerte gesellschaftsrechtliche Zuständigkeiten sind die Bestellung/Abberufung der Gesellschaftsorgane sowie die Einberufung der Gesellschafterversammlung (III E 2 und 3).

- Dagegen ist der Masseverwalter zur Verwaltung und Verwertung des gesamten Gesellschaftsvermögens einschließlich der Geltendmachung gesellschaftsspezifischer Ansprüche (Einlageforderung, Kaduzierung, Geschäftsführerhaftung etc) befugt, ohne gesetzliche oder statutarische Zustimmungsrechte (zB § 35 GmbHG) beachten zu müssen (III E 1 a). Umgekehrt muss er vermögensbezogene Informationsrechte bedienen (zB § 22 GmbHG). Er kann mit dem Unternehmen (§ 23 UGB) auch die (Namens-)Firma der Gesellschaft veräußern und im Zuge dessen eine außerstatutarische Ersatzfirma bilden und anmelden, zumindest sofern dies geboten ist, um firmenrechtliche Vorgaben (§§ 18, 29 UGB) einzuhalten (III D 1 b). Eine Änderung der Satzungsfirma setzt hingegen eine Satzungsänderung voraus, die der Zustimmung des Masseverwalters bedarf und von den Gesellschaftsorganen und dem Masseverwalter gemeinsam zum Firmenbuch anzumelden ist (III E 4 und 5).
- Die Begründung einer Nachschusspflicht erfordert auch im Insolvenzverfahren einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter (III E 1 b). Eine Kapitalerhöhung bedarf im Ergebnis ebenfalls einer Kooperation von Gesellschaftsorganen und Masseverwalter (III E 6 a). Ein Sonderproblem ist, ob die designierten Anteilserwerber an eine vor Insolvenzeröffnung beschlossene, aber noch nicht eingetragene Kapitalerhöhung gebunden sind. Das ist zu bejahen, sofern der Beschluss nicht ex- oder implizit (§§ 914 f ABGB) unter der auflösenden Bedingung der Insolvenzeröffnung gefasst wurde (III E 6 a dd).
- Die Verteidigung nicht masserelevanter Beschlüsse fällt in den Schuldnerbereich. Sonst ist nach hM der Masseverwalter exklusiv zur Vertretung der Gesellschaft zuständig, uE hingegen gemeinschaftlich mit den zuständigen Gesellschaftsorganen (III E 8 a). Entgegen hM hat der Masseverwalter keine Befugnis zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen: Mittel zur Bekämpfung der Auswirkungen einer internen Willensbildung vor Insolvenzeröffnung ist die Insolvenzanfechtung gem §§ 27 ff IO, nicht aber das den Gesellschaftsorganen und Gesellschaftern eingeräumte gesellschaftsrechtliche Instrumentarium; bei „Neubeschlüssen“ scheidet eine Masserelevanz von vornherein aus (III E 8 b).
- Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung stellt sich das Problem der Kompetenzverteilung im Wesentlichen nur hinsichtlich der Überwachungs- und Zustimmungsrechte des Sanierungsverwalters. Seine Befugnisse (§ 171 IO) treten neben jene von Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung, verdrängen diese aber nicht (IV B). Als außergewöhnliche Handlung (§ 171 Abs 1 S 2 IO) bedarf auch die Bestellung oder Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans der Zustimmung des Sanierungsverwalters, weil eine Veränderung der zur Eigenverwaltung berechtigten Geschäftsleiter erhebliche Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben kann (IV A).

